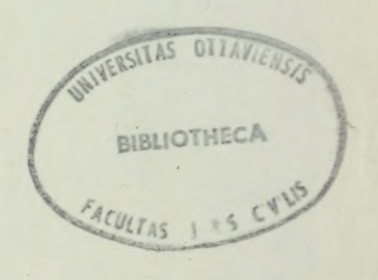
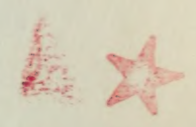
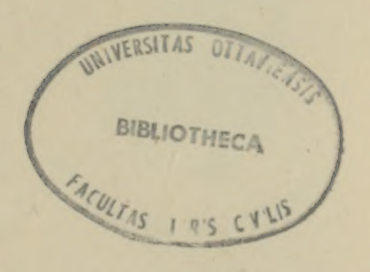

UNIVERSITAS OTTAVIENSIS
BIBLIOTHECA



DROIT DE ROME



INTRODUCTION

HISTORIQUE

AU

DROIT PRIVÉ DE ROME

PAR

JAMES MUIRHEAD, LL.D. (GLASC.)

PROFESSEUR DE DROIT ROMAIN

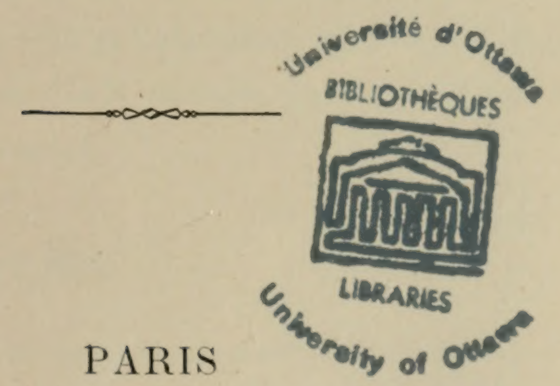
A L'UNIVERSITÉ D'EDIMBOURG

TRADUIT ET ANNOTÉ AVEC L'AUTORISATION DE L'AUTEUR

PAR

G. BOURCART

AGRÉGÉ PRÈS LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY



PARIS

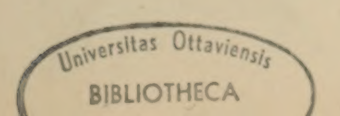
A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL, ÉDITEURS

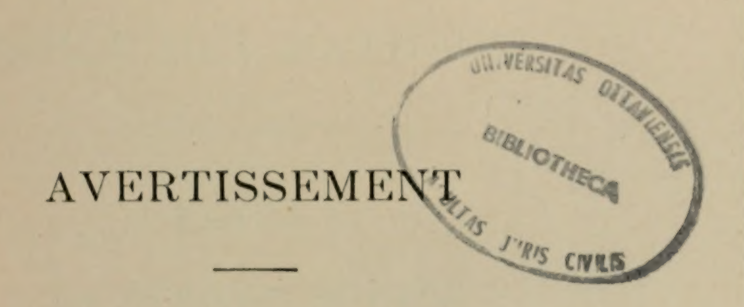
Libraires de la Cour d'Appel et de l'Ordre des Avocats

G. PEDONE-LAURIEL, SUCCESSEUR

13, RUE SOUFFLOT, 13

1889





AVERTISSEMENT

Les pages qui suivent étaient destinées primitivement à l'Encyclopædia Britannica ; mais il aurait fallu les abréger considérablement pour les ramener à des proportions ne dépassant point la place que l'Éditeur pouvait consacrer à leur objet. Il me fit l'honneur d'exprimer l'avis que leur publication *in extenso* pourrait rendre service à diverses catégories de lecteurs ; et les Directeurs de l' « Encyclopædia » eurent la bonté de m'engager à suivre cette idée. Ce livre en est le résultat.

Je pense bien faire de mettre cette explication en tête de l'ouvrage ; car le plan et l'exécution auraient été quelque peu différents, si, dès le principe, j'avais eu en vue de publier un volume séparé.

Edimbourg,

1er *Octobre* 1886.

[Les notes et additions du traducteur sont mises entre crochets [ ].]

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE I

LA PÉRIODE ROYALE

CHAPITRE I.

CONDITION SOCIALE ET POLITIQUE DE ROME ET SA POPULATION JUSQU'A L'ÉPOQUE DE SERVIUS TULLIUS.

CHAPITRE II.

PRINCIPES D'ORDRE PUBLIC ET PRIVÉ

CHAPITRE III.

INSTITUTIONS DE DROIT PRIVÉ

Ordre de succession chez les plébéiens (62, 63). Les enfants d'un plébéien, qui étaient *de facto in potestate*, lui succédaient (62). N'ayant point de *gentiles* et étant incapable de faire un testament, sa succession était *de jure* vacante, à défaut d'enfants (62) Appropriation *de facto* de cette succession par un parent, — origine de la future *usucapio pro herede* (63).

SECT. 12. *Violation de contrat et délits privés et publics* (pp. 63-72) — L'organisation sociale ne laissait que peu de place pour les engagements contractuels (64). Les garanties de la bonne foi : invocation de la *Fides*, *jusjurandum* et gage *de facto* (64-66). Réparation de violation de promesse (66). Réparation de torts en dehors des contrats (67). Vengeance privée (67, 68). *Expiatio*, *supplicium*, *sacratio capitis* (68-71). Compositions (71).

CHAPITRE IV

LES RÉFORMES SERVIENNES

SECT. 13. *Effets des réformes de Servius Tullius sur le droit de propriété* (pp. 72-83). — Le cens, et la nécessité de régler la transmission de la propriété soumise au cens (72,73) *Mancipium* ou mancipation, — son origine et son remaniement par Servius (73-78). Sens de *mancipium* (78-81). *Res mancipi* et *nec mancipi* (81-83).

SECT. 14. *Leurs effets accessoires sur le droit de la famille, des successions, et des contrats* (pp. 83-90). — Emploi, par les plébéiens, du *mancipium*, sous le nom de *coemptio*, comme forme civile du mariage et moyen d'acquérir la *manus* sur leurs femmes (84,85). Ils l'emploient pour disposer *mortis causa* de leurs biens, se servent de cet expédient en guise de testament (85-87). Emploi du *mancipium*, sous le nom de *nexum*, pour contracter des prêts d'argent (87-89). Son emploi dans l'émancipation et l'adoption d'un *filiusfamilias*, et dans la libération du débiteur en vertu de *nexum* (89). Dans toutes ces applications, il entraînait acquisition de la *manus* (89,90).

SECTION 15. *Innovations de Servius dans le cours de la justice* (pp. 90-101). — L'état des choses avant Servius (90-95). La juridiction criminelle du roi (91). Celles du *paterfamilias* et de la *gens* (91,92). Origine de la juridiction du roi *inter privatos* (92-95). Réformes Serviennes (95-101). Le tribunal centumviral (97,98). L'*unus judex* (100).

PARTIE II

LE JUS CIVILE

(De l'établissement de la République jusqu'à la soumission de l'Italie centrale et méridionale)

CHAPITRE I

ÉVÉNEMENTS HISTORIQUES QUI EURENT DE L'INFLUENCE SUR LE DROIT

---

de l'agnation (166), et éteignait les droits des créanciers du *capite minutus* (168).

Sect. 30. *Mancipation et droit de propriété* (pp. 168-193). — Y avait-il, sous les XII Tables, une propriété quiritaire (*manus*) des *res nec mancipi* ? (169, 170). Modes naturels et civils d'acquérir la propriété (170, 171). Mancipation des *res mancipi* (171-184). Changements dans le *mancipium* de Servius, par suite de l'introduction de monnaie frappée (172, 173). Effet de la mancipation pour le transfert de la propriété (173, 174). *Auctoritas* du cédant, ou obligation de maintenir le titre (174-178. Limitation légale de l'*auctoritas* (178). *Leges mancipii*, ou engagements pris concurremment par l'aliénateur et l'acquéreur (179). La *fiducia* ou *lex fiduciæ* en particulier (180-184). *Usureceptio fiduciæ* (184). La mancipation servait-elle à transférer la propriété des *res nec mancipi* (185). *In jure cessio* (186, 187). Adjudication (187). Usucapion (187-189). Atteintes à la propriété (189-192). *Jura in re aliena* (192).

Sect. 31. *Nexum et droit des obligations* (pp. 193-215). — Sources d'obligations, et prépondérance, dans les XII Tables, des obligations *ex delicto* (193). La simple convention, non revêtue de paroles et formes légales, ne produit pas d'obligation civile (194, 195). Esprit de conservation dans les questions de forme (195). Les contrats du plus ancien *jus civile* (196). Le *nexum* en particulier (196-210). Son origine (196, 197). Son cérémonial (198). Effets du contrat de *nexum* (198-203). Le droit de *manus injectio* du créancier sous les XII Tables (203-205). Le *nexus* (ou débiteur en vertu de *nexum*) en détention (205-207). Abus du système (207). Son abolition dans la pratique, par la loi Poetilia (208-210. Engagements ordinaires, — comment leur exécution était garantie (210-214). Obligations *ex re* (214, 215).

Sect. 32. *Le droit de succession* (pp. 215-234). — Succession testamentaire (215-222). Les anciennes formes de testament et l' « uti legassit » des XII Tables (215, 216). Le testament *per æs et libram* dans son premier état (216-218). Ses deuxième et troisième phases (219, 220). Application qui lui est faite de l' « uti legassit » (221). Nécessité de l'institution ou de l'exhérédation des *sui heredes* du testateur (221). Succession ab intestat, — *sui heredes, adgnati, gentiles* (222). Succession des agnats introduite par les Décemvirs pour parer au cas de citoyens non-patriciens (222, 223). Ses limitations (224). *Résumé* (224, 225). Héritiers nécessaires et volontaires, et comment l'hérédité leur était acquise (225, 226). Représentation, *consortium*, et accroissement (227, 228). « Heres eadem persona cum defuncto » (229). L'héritier et les *sacra* de la famille (230, 231). *Usucapio pro herede* (232, 233).

CHAPITRE IV.

PROCÉDURE JUDICIAIRE SOUS LE SYSTÈME DES DÉCEMVIRS.

CHAPITRE V

LA STIPULATION ET LA LEGIS ACTIO PER CONDICTIONEM

PARTIE III

LE JUS GENTIUM ET LE JUS HONORARIUM

(Deuxième moitié de la République.)

CHAPITRE I

INFLUENCES QUI SE SONT EXERCÉES SUR LE DROIT.

CHAPITRE II

FACTEURS DU DROIT

CHAPITRE III

CHANGEMENTS DE FOND DANS LE DROIT PENDANT CETTE PÉRIODE

exemple : ses commencements (356). Vente dans les XII Tables (357). Aide qu'elle trouve dans l'acte *per æs et libram* (358). Aide qu'elle trouve dans les *nomina transcripticia*, stipulations accessoires, etc., (359-361). L'*actio empti* à l'origine une *actio ex stipulatu* (362). Elle devient une action *bonæ fidei* (363). Par là, la vente devient un contrat consensuel indépendant (363, 364). Les contrats réels (364-367).

Sect. 54. *Réformes du droit de succession* (pp. 367-376). — Changements réalisés par la législation, l'*interpretatio*, et la pratique du tribunal centumviral (367). *Bonorum possessio* prétorienne (368-375). Nature et origine probable (369). *Bonor. poss. secundum tabulas* (369-371). *Bonor. poss. contra tabulas* (371, 372). *Bonor. poss. ab intestato* (372, 373). Ordre prétorien de succession ab intestat (373, 374). Admission des *cognati* (374). Comment s'obtenait la *bonor. poss.* (375). Son effet immédiat (375).

PARTIE IV.

LE JUS NATURALE ET L'ÉPANOUISSEMENT DU DROIT ROMAIN

(L'empire jusqu'au règne de Dioclétien).

CHAPITRE I.

CARACTÈRES ET ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU DROIT PENDANT CETTE PÉRIODE.

Sect. 55. *Caractères en général, et reconnaissance d'un « jus naturale » en particulier* (pp. 379-385). — Nature des changements réalisés dans le droit pendant cette période (379, 380). Beaucoup d'entre eux ne doivent point s'expliquer par le progrès du *jus gentium*, mais sont dus au développement du *jus naturale* (381, 382). Caractères et principes fondamentaux de ce dernier (382-384). *Naturalis ratio* (384, 385).

Sect. 56. — *Influence des changements constitutionnels* (385, 386).

CHAPITRE II.

SCIENCE DU DROIT.

CHAPITRE III

CHANGEMENTS DE FOND DANS LE DROIT PENDANT CETTE PÉRIODE

CHAPITRE IV

PROCÉDURE JUDICIAIRE

PARTIE V

LA PERIODE DE CODIFICATION

(Dioclétien à Justinien).

CHAPITRE I

ÉVÉNEMENTS HISTORIQUES QUI EXERCÈRENT UNE INFLUENCE SUR LE DROIT

CHAPITRE II

RECUEILS DE LOIS ET DE DOCTRINE ANTÉRIEURS A JUSTINIEN

CHAPITRE III.

LE DROIT DE JUSTINIEN

Sect. 86. *Changements dans le droit de propriété et d'obligation* (pp. 529-532). — Abolition de la distinction des *res mancipi* et *nec mancipi* et de la propriété quiritaire et bonitaire ; la simple tradition devient le mode universel de transfert (529, 530). Usucapion et possession prolongée remaniées (530). Emphytéose sanctionnée et réglementée (530-532). Changements dans le droit d'obligation (532).

Sect. 87. *Changements dans le droit de succession* (pp. 532-538). — Testaments et codicilles (532-534). Réformes dans le droit de succession ab intestat avant la publication du Code (534). Les Novelles 118 et 127 extirpent l'agnation et établissent un nouvel ordre de succession ab intestat (534, 535). Déclaration du droit de l'enfant à être héritier de son père pour une certaine portion de son patrimoine, et abolition en pratique de la *bonorum possessio contra tabulas* (535, 536). Autres réformes (537).

CHAPITRE IV

LES CODES DE JUSTINIEN

Sect. 88. *Leur usage dans les tribunaux et les écoles* (pp. 538-542). — Traductions, abrégés, etc., du Digeste et du Code (538, 539). Nouveau programme d'études pour les écoles de droit (540, 541). Paraphrase grecque des Institutes attribuée à Théophile (541, 542).

Sect. 89. *Leur sort en Orient* (pp. 542-544). — Le droit Byzantin et, en particulier, les Basiliques.

Sect. 90. *Leur sort en Occident* (pp. 544-548). — Les codes Romano-Barbares sont les plus anciens maîtres de droit romain dans l'Europe Centrale et Occidentale (544). Les recueils de Justinien transmis en Italie (544, 545). Indications bibliographiques de leur crédit en ce pays et ailleurs dans l'Europe Méridionale, entre le sixième et le onzième siècle (545, 546). Renaissance de leur étude à Bologne, et comment ils furent traités par les Glossateurs (546-548).

Sect. 91. *Les principaux manuscrits, textes et editions des codes de Justinien* (pp. 548-554).

APPENDICE

ADDENDA

[A la p. 215 (§ 31, n. 42) et p. 276, joignez « Gauckler, « étude sur le *vindex*, « *Nouv. Rev. Hist.*, 1889, pp. 619, 620 »].

[A la p. 256 (§ 36, n. 14) joignez « Gauckler, « *vindex* », *Nouv. Rev. Hist.* 1889, p. 604 *sq* »].

[A p. 268 (§ 36) note 20 bis, ajoutez après May, *droit romain* t. II. — « Zachariæ v. Lingenthal, « Aus u. zu den Quellen des R. R. » *Z. d. Sav. Stift f. R. G.* 1887, *R. A.* p. 232 ; Declareuil, « La justice dans les coutumes primitives », *Nouv. Rev. Hist.*, 1889, p. 181 et note 1 »].

[A la p. 340, § 52 note 1, ajoutez « Buonamici (sur l'action Publicienne, à propos du livre d'Appleton) *Arch. Giur.* vol. 43, p. 207 *sq* : également Brezzo, (compte rendu d'Appleton) *eod.*, p. 267 *sq* »].

ABRÉVIATIONS BIBLIOGRAPHIQUES

Arch. Giur. — Archivio Giuridico, diretto di Filippo Serafini (Prof. à Pise), Bologne, et aujourd'hui Pise, 1868-86 [et *sq.*]

Baron, *Gesch. d. R. R.* — *Geschichte des Romischen Rechts*, von Dr J. Baron (Prof. à Berne). Erster Theil : Institutionen u. Civilprozess. Berlin, 1884. Vol II pas encore paru.

Bekker, *Aktionen* (ou *Akt.*) — Die Aktionen des Rœm. Privatrechts, von Dr E. I. Bekker (Prof. à Heidelberg). 2 vols. Berlin 1871, 1873.

Bekker u. Muther's Jahrb. — Jahrbuch d. gemeinen deutschen Rechts, herausg. von Bekker, Muther, u. Stobbe, 6 vols. Leipzig 1857-63.

Bethmann-Hollweg, *Rœm. C P* (ou *Gesch. d. C. P.* — Der Rœm. Civilprozess, von (†) Dr A. v. Bethmann-Hollweg. 3 vols. Bonn, 1864-66. (Ils forment les trois premiers de ses 6 vols. sur le Civilprozess des gemeinen Rechts, Bonn, 1864-74).

Bruns (ou Bruns, *Fontes*). — Fontes Juris romani antiqui ed. (†) Car. Geo. Bruns. 4e éd. Tübingue, 1879 [5e éd. 1887].

Buonamici, *Procedura.* — La Storia della Procedura civile Romana, per Francisco Buonamici (Prof. à Pise). Vol. I. Pise 1886. Le 2e vol. n'est pas encore publié.

Burckhard-Glück. — Glük's Ausführliche Erlæuterung d. Pandekten... fortgesetzt von... Dr Hugo Burckhard (Prof. à Wurzbourg) Série d. Bücher 39 u. 40 (Jusqu'ici 3 vols) [depuis 41.42] Erlangen, 1871-81.

Clark, *Early Rom. Law.* — Early Roman Law : the Regal Period, by E. C. Clarck, LL. D. (Prof. à Cambridge). London, 1872.

Clark, *Pract. Jurisprud.* — Pratical. Jurisprudence : a Comment on Austin, par le même auteur. Cambridge, 1883.

Cod (ou *Cod. Just.* — Codex Justiniani Augusti. V. infra. p. 552.

Collatio. — Lex Dei, sive Mosaicarum et Romanarum legum collatio. V. infra, p.500 *sq.*

Collectio libror. jur. antejust. — Collectio librorum juris antejustiniani in usum scolarum. Edid. P. Krueger, Th. Mommsen, G. Studemund (jusqu'ici 2 vols.) vol. I, 2e édit., Berlin 1884; vol. II, 1re édit. Berlin 1878.

Corpus jur. rom. antejust. — Corpus Juris Romani Antejustiniani, consilio Boeckingii, Bethmann-Hollwegii, Puggaei, aliorumque institutum. Bonn, 1831-44.

Danz, Gesch. d. R. R. — Lehrbuch der Geschichte d. Rœm. Rechts, von (†) Dr H. A. A. Danz. 2e édit., 2 vols. Leipzig, 1871, 1873.

Danz, *Sacrale Schutz.* — Der sacrale Schutz im Rœm. Rechtsverkehr, du même auteur. Jena, 1857.

Dig. — Digesta (ou Pandectæ) Justiniani Augusti. V. infra, p. 551.

Dirksen, *Hinterlass. Schrift.* — Heinrich Ed. Dirksen's Hinterlassene Schriften zur Kritik u. Auslegung d. Quellen Rœmischer Rechtsgeschichte, herausg. von. Dr Fr. D. Sanio, 2 vols. Leipzig, 1871.

Ferrini, *Fonti.* — Storia delle Fonti del Diritto Romano, e della Giurisprudenza Romana, di Contardo Ferrini (Prof. à Pavie) Milan, 1885.

Fustel de Coulanges. — *La Cité antique:* Étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome. 7e édit. Paris, 1879.

Gai. — Gaii Institutionum libri IV. V. infra, p. 419.

Gaii Epit. — Gaii Epitomes Institutionum libri II. Dans la Lex Romana Visigothorum. V. infra, p. 503.

Genz. — Das Patricische Rom, von Dr Hermann Genz. Berlin, 1878.

Glück-Burckhard. V. *Burckhard-Glück.*

Glück-Leist. — Glück's Erlæuterungen d. Pandekten.... fortgesetzt von Dr Burkard Wilh. Leist (Prof. à Jena). Série d. Bücher 37 u. 38 (jusqu'ici 5 vols.) Erlangen, 1870-79.

Grünhut's Zschr. — Zeitschrift fur das privat-und œffentliche Recht der Gegenwart, unter Mitwirkung d. Wiener jurist. Facultæt, herausg. von Dr C. S. Grünhut. Vienne, 1874-86. [et *sq*].

Hœlder, *Erbrecht.* — Beitræge zur Geschichte d. Rœm. Erbrechts, von Dr Ed. Hœlder (Prof. à Erlangen). Erlangen, 1881.

Huschke, *Jurisprud. Antejust.* — Jurisprudentiæ Antejustinianæ quæ supersunt. In usum max. academ. compos. recens. adnot. (†) Ph. Ed. Huschke, 4e éd. Leipzig, 1879 [5e éd. 1886].

Huschke, *Multa.* — Die Multa u. das Sacramentum in ihren verschiedenen Anwendungen, par le même auteur. Leipzig, 1874.

Huschke, *Nexum*. — Ueber das Recht des Nexum u. d. alte röm. Schuldrecht, par le même auteur. Leipzig, 1846.

Huschke, *Studien*. — Studien des Römischen Rechts, par le même auteur. Breslau, 1830.

Ihering, *Geist*. — Geist d. röm. Rechts auf d. verschiedenen Stufen seiner Entwickelung, von Dr. Rudolph von Ihering (Prof. à Göttingue). Jusqu'ici 4 vols., à plusieurs éditions. J'ai consulté, dans les pages suivantes: — Vol. I, 3e édit., Leipz., 1873; vol. II, 2e éd. 1866; vol. III, 2e éd., 1869; vol. IV, 2e édit., 1871. Il y a une traduction Française par Meulenaere, revue par l'auteur, en 4 vols., Paris, 1877-78.

Ihering, *Scherz u. Ernst*. — Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, par le même auteur. 2e édit., Leipzig, 1885.

Ihering. *Zweck*. — Der Zweck im Recht, par le même auteur, (jusqu'ici) 2 vols. Leipzig, 1877, 1883.

Inst. — Justiniani Institutiones. V. infra. p. 549.

Jurisprud. Antejust. V. Huschke.

Karlowa, *Röm. CP*. — Der Röm. Civilprozess zur Zeit d. Legisactionen, von Dr Otto Karlowa (Prof. à Heidelberg). Berlin, 1872.

Karlowa, *Röm. Ehe*. — Die Formen d. Röm. Ehe u. Manus, par le même auteur. Bonn, 1868.

Karlowa, *Röm. RG*. — Römische Rechtsgeschichte, Erster Band: Staatsrecht u. Rechtsquellen, par le même auteur. Leipzig, 1885. (Le tome II n'est pas encore publié).

Keller, *Röm CP*. — Der Röm. Civilprozess u. die Actionem, von (†) Dr Fried. Lud. von Keller. 1re édit., 1852; 6e édit. par Wach, Berlin, 1883.

Kohler, *Shakespeare*. — Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, von Dr Jos Kohler. (Prof. à Würzbourg). Würzbourg, 1884.

Krit. VJS. (ou VJSchr.) — Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft, herausg. von Windscheid, Bekker, Brinz, Seydel, etc. Munich, 1853-86 [et *sq*].

Kuntze, *Cursus*. — Cursus des Röm. Rechts, von Dr Joh. Emil Kuntze (Prof. à Leipzig). 2e édit. Leipzig, 1879.

Kuntze, *Excurse*. — Excurse über Röm. Recht, par le même auteur, 2e édit. Leipzig 1880.

Lange. *Röm. Alt*. — Römische Alterthümer, von Dr Ludwig Lange. 3 vols. Berlin 1863-1871 et années suivantes.

Leist, *Bonor. Poss*. — Die Bonorum Possessio: ihre geschichtliche Entwickelung, etc., dargestellt von Dr Burkhard Wilh. Leist. (Prof. à Iéna) 2 vols. Göttingue, 1844.

Leist-Glück : V. Glück-Leist.

Leist, *Graeco ital. RG.* — Graeco-italische Rechtsgeschichte, par le même auteur. Iéna, 1884.

Lenel, *Beitr äge.* — Beitrage zur Kunde des Praetorischen Edicts, von Dr Otto Lenel (Prof. à Kiel). Stuttgart, 1878.

Lenel, *Edict.* — Das Edictum Perpetuum : ein Versuch zu dessen Widerherstellung, par le même auteur. Leipzig, 1883.

Maine, *Anc Law.* — Ancient Law : its connection with the Early History of Society etc., by Sir Henry Sumner Maine (1re édit., 1861). 9e édit. Londres, 1883.

Marculf. — Marculfi monachi Formularum libri II. Lut. Par., 1513. (plusieurs éditions).

Marquardt, *Röm. Staatsverwalt.* — Römische Staatsverwaltung, von Joachim Marquardt. 3 vols. Leipzig, 1873-78. (Vols. IV à VI, du Handbuch d. Röm. Alterthümer de Mommsen et Marquardt).

Mommsen, *Röm. Forsch.* — Römische Forschungen, von Th. Mommsen. 2 vols. Berlin, 1864, 1879.

Mommsen, *Röm. Staatsrecht.* (ou SR.). — Römisches Staatsrecht, par le même auteur. 2 vols. (vol. III pas encore paru). Leipzig, 1871-1875 et éditions postérieures, vol. I et II du Handbuch d. Röm. Alterthümer de Marquardt et Mommsen).

Moyle, *Inst.* — Imp. Just. Institution. libri IV, with English commentary, etc., by J. B. Moyle, B.C.L. 2 vols. Oxford, 1883.

Nouv. Rev. Hist. — Nouvelle Revue Historique de droit français et étranger, publ. sous la direction de Laboulaye, de Rozière, Dareste, Gide, Esmein, etc. (continuation de la Revue de Législation, etc.) Paris 1877-86 [el *sq*].

Nov. — Novellæ Constitutiones Justiniani. V. *infra*, p. 553.

Paul. — Pauli Sententiæ. V. *infra*, p. 421.

Pernice, *Labeo.* — Marcus Antistius Labeo : das röm. Privatrecht im ersten Jahrhunderte d. Kaiserzeit, von Dr Alfred Pernice (prof. à Greifswald). (Jusqu'ici) 2 vols. Halle, 1873, 1878.

Puchta. *Inst.* — Cursus der Institutionen d. Röm. Rechts, von (†) Dr G. F. Puchta; 8 Aufl., besorgt von Dr Paul Krüger (prof. à Kœnigsberg) 2 vols. Leipzig, 1875.

Revue de Législ. — Revue de Législation ancienne et moderne, publiée sous la direction de Laboulaye, de Rozière et Dareste. (Continuation de la Revue Historique de Droit Français et étranger.) 6 vols. Paris, 1870-76.

Richter's Krit.Jahrb (ou J.B.) — Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft herausg. von Dr Aem. Lud. Richter. 12 vols. Leipzig, 1837-48.

Rivier, *Introd.* — Introduction historique au Droit Romain, par Alphonse Rivier (prof. à Bruxelles) 2e édit. Bruxelles. 1881.

Roby, *Introd.* — An Introduction to the Study of Justinian's Digest, etc., by H. J. Roby, M. A. (précédemment prof. de droit à l'Univ. Coll., Londres) Cambridge, 1884.

Rossbach, *Röm. Ehe.* — Untersuchungen über die rœm. Ehe, von Dr Aug. Rossbach. Stuttgart, 1853.

Rudorff, *Röm. R. G.* — Römische Rechtsgeschichte zum akademischen Gebrauch, von (†) Dr Ad. Fr. Rudorff, 2 vols. Leipzig, 1857, 1858.

Savigny, *Gesch.* — Geschichte d. Rœm. Rechts im Mittelalter, von Fried. Carl von Savigny. 2e édit., 7 vols. Heidelberg, 1834-51.

Savigny, *System.* — System des heutigen Rœm. Rechts, par le même auteur, 8 vols. Berlin, 1840-49.

Savigny, *Verm. Schr.* — Vermischte Schriften, par le même auteur, 5 vols. Berlin, 1850.

Sohm, *Inst. d. R. R.* — Institutionen des Rœm. Rechts, von Dr Rudolph Sohm (Prof. à Strasbourg). Leipzig, 1884 (2e édit. 1886). [3e éd. 1888].

Theod. *Cod.* — Theodosianus Codex. V. *infra*, p. 497.

Theoph. — Theophili Antecessoris Paraphrasis Graeca Institutionum Caesarearum. L'édition type est celle de Reitz, 2 vols., Hag. Com., 1751.— Nouv. édit. par E. C. Ferrini (Prof. à Pavie) 2 vols. Berlin 1884-1885 [vol. II, fasc. 2 paru en 1888].

Ulp. — Ulpiani Fragmenta ex libro singulari Regularum. V. *infra*, p. 420.

Vat. Frag. — Vaticana Fragmenta. V. *infra*, p. 501.

Voigt, *Jus. nat.* — Das jus naturale, æquum et bonum, und jus gentium der Rœmer, von Dr Moritz Voigt (Prof. à Leipzig) 4 vols. Leipzig, 1856-75.

Voigt, *XII Tafeln.* — Die XII Tafeln. Geschichte u. System d. Civil-und Criminal-Rechtes, wie Processes, der XII Tafeln, nebst deren Fragmenten, par le même auteur. 2 vols. Leipzig. 1883.

Z. d. Sav. Stift., R. A. — Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, herausg. von Bruns, Bekker, v. Roth, Bœhlau, Pernice, etc. (Continuation de la *Z. f. RG.*) Weimar, 1880-86 [et *sq*]. Chaque volume contient une Romanistiche et une Germanistiche Abtheilung avec pagination différente. Les lettres R. A. indiquent la première partie.

Z. f. gesch. RW. — Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, herausg. von F. C. v. Savigny, Gœschen, Rudorff, etc. 15 vols. Berlin, 1815-50.

Z. f. RG. — Zeitschrift für Rechtsgeschichte, herausg. von Rudorff, Bruns, v. Roth, etc. 13 vols. Weimar, 1861-78.

Z. f. verg. RW. — Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, herausg. von Bernhœft, Cohn, Kohler, etc. Stuttgart, 1876-86 [et *sq*].

PARTIE I

LA PÉRIODE ROYALE

PARTIE I

LA PÉRIODE ROYALE (1)

CHAPITRE PREMIER

CONDITION SOCIALE ET POLITIQUE DE ROME, JUSQU'A L'ÉPOQUE DE SERVIUS TULLIUS.

SECTION 1. — GENÈSE DE L'ÉTAT ROMAIN.

L'union des bandes Latines, Sabines, et, dans une mesure restreinte, Etrusques, qui, conquérantes ou conquises, anciennement établies ou nouvellement immigrées, constituèrent ensemble les premiers éléments du peuple Romain, n'entraina pas forcément l'adoption simultanée d'institutions identiques, ni d'identiques notions du droit. Bien que descendues de la même souche Indo-Européenne, en ayant hérité les mêmes idées primordiales sur la religion et le gouvernement, néanmoins ces idées durent se modifier plus ou moins dans le cours des siècles, où le développement fut indépendant et séparé (2).

(1) Voyez particulièrement Puchta, *Cursus der Institutionen d. Röm. Rechts.* (1[re] éd., Leipsig, 1841), 8[e] éd., par Krueger, Leipsig, 1875, vol. I, §§ 36-50 ; Clark, *Early Roman Law: Regal Period*, Londres, 1872 ; Genz, *Das Patricische Rom*, Berlin, 1878 ; Kuntze, *Cursus der Institutionen*, 2[e] éd., Leipsig, 1879, §§ 47-68 ; Bernhöft, *Staat und Recht der Röm. Königszeit im Verhältniss zu verwandten Rechten*, Stuttgart, 1882. [Giuseppe Carle, *Le origini del diritto Romano*, Turin, 1888].

(2) L'origine Aryenne de plusieurs des notions religieuses et institutions publiques et privées les plus importantes de la Rome primitive, et leur ressemblance avec les notions et institutions correspondantes

On dit que le caractère de la race Latine se distinguait par son sens de l'importance de la discipline, l'hommage qu'elle rendait au pouvoir et à la force ; celui des Sabins, par leurs sentiments religieux, leur révérence à l'égard des dieux ; celui des Etrusques, par leur soumission aux formes, aux cérémonies, dans les affaires divines et humaines. Des influences correspondantes se montrent d'une façon manifeste dans le développement des institutions primitives, publiques, civiles, militaires et religieuses de Rome. Il ne semble pas exagéré de dire que la trace s'en retrouve aussi dans les institutions de droit privé. La *patria potestas*, avec le pouvoir de vie et de mort du père sur les enfants ; la *manus* et le pouvoir du mari sur sa femme ; la doctrine, d'après laquelle on est en droit d'appeler siennes surtout et au premier chef les choses prises par force (3) ; le droit du créancier de mettre la main sur le débiteur qui ne paye pas, de l'emprisonner, et, au cas échéant, de le réduire en esclavage, — tout cela semble indiquer une conviction que la force faisait le droit. La cérémonie religieuse du mariage, et la reconnaissance de la femme comme maîtresse de la maison, de sa participation au culte aussi bien qu'aux soins domestiques, le conseil de famille de parents, aussi bien maternels que paternels, qui intervenaient dans l'exercice de la juridiction domestique, par l'avis qu'ils donnaient au *paterfamilias* ; l'habitude de l'adoption, afin d'éviter l'extinction d'une famille, qui aurait privé ses membres défunts des prières et sacrifices nécessaires au repos de leurs âmes, — cela

en Inde et en Grèce, ont été mises en lumière par Fustel de Coulange, la *Cité Antique*, (1re éd., Paris, 1857), 7e éd., 1879 ; sir H. S. Maine, *Ancient Law* (1re éd., Londres, 1862), 9e éd., 1883 ; Bernhôft, cité plus haut ; Leist, *Graeco-Italische Rechtsgeschichte*, Iena, 1884.

(3) « Maxime sua esse credebant quæ ex hostibus cepissent » (G. IV, 16), — une doctrine plutôt pré-Romaine que Romaine.

paraît découler d'un ordre différent d'idées, attester une origine Sabine. L'influence Etrusque ne peut se faire sentir qu'à une date plus récente ; mais c'est à elle qu'on peut attribuer l'observation étroite que l'on exigea pour les cérémonies et paroles sacramentelles, dans les transactions les plus importantes de la vie publique et privée (3 *bis*).

Quoique le résultat de l'union des Latins et des Sabins fût de leur faire adopter en même temps des règlements applicables à leur vie publique, comme à un peuple uni,

[3 *bis*. La question des origines de Rome et de la part de respect que l'on doit conserver à la légende, est toujours du domaine des conjectures. On semble bien reconnaître que les trois fameuses tribus Ramnes, Tities, Luceres, ne s'assemblèrent pas en même temps ; que les Ramnes et les Tities s'unirent au début (peut-être même au commencement les Ramnes furent-ils seuls) ; que les Luceres ne vinrent qu'après. Rome est une ville Latine, comme Albe, peut être une colonie d'Albe, ce qui rendrait compte de la distribution méthodique et presque artificielle qu'on attribue au peuple Romain. Les Sabins s'y joignent ensuite, puis les Luceres, mais à quelle époque ces derniers arrivent-ils, et représentent-ils les Etrusques, comme on le pense généralement, ou des Latins ? On a découvert une nécropole Etrusque sur l'Esquilin, sous des constructions romaines d'un caractère antique, ce qui a fait croire à une suprématie des Rasènes dans le Latium, avant la naissance de la ville de Romulus ; suivant d'autres, cette nécropole est plus récente ; mais on doit admettre l'existence d'un *pagus* Etrusque sur l'Aventin, à l'époque préhistorique, et sous les premiers rois de Rome. On pourra consulter sur ces questions A. Ampère, *l'Histoire romaine à Rome*, Paris, 1863 ; Mommsen. *hist. romaine* (trad. Alexandre), t. 1, ch. IV, Paris, 1863 ; Bouché-Leclercq, *Les Pontifes de l'ancienne Rome*, Paris, 1871, p. 273-274 ; Pantaleoni, *Storia civile et costituzionale di Roma*, Turin, 1881 ; Mispoulet, *Institutions politiques des Romains*, Paris, 1882, t. 1, p. 3 et ss. ; G. Bloch, *Les origines du Sénat Romain*, Paris, 1883, ch. II, p. 13 et ss. ; Willems, *le Sénat de la République romaine*, 2e éd., Paris, 1885, p. 7 et ss. ; Middleton, *Ancient Rome*, 1885 ; Bonghi, *Storia di Roma*, vol. 1, Milan, 1885 ; Bertolini, *Le origini Romane* (Rivista historica Italiana, 1884, I, 201) ; Lange, *Römische Alterthumer*, t. 1, p. 76 et ss. ; dans la traduction française de Berthelot et Didier, p. 21 et ss. ; Gilbert, *Geschichte u. topographie der Stadt Rom im Alterthum*, Leipzig, 1883 et 1885 ; Padeletti Cogliolo, *Storia del diritto romano*, Florence, 1886, p. 25, 28 ; G. Carle. liv. 1, ch. I.]

néanmoins on peut concevoir, on doit même regarder comme probable que, pour les rapports privés de ses membres, chaque tribu continua, pendant un certain temps, à accorder la préférence à ses propres idées et traditions de droit et de législation, et que la fusion ne se fit que graduellement, en partie tacitement, en partie grâce à l'intervention des rois ou des pontifes. De même qu'il y a peu de raison de croire à l'organisation correcte d'une constitution, au moins jusqu'aux réformes Serviennes, il y a également tout aussi peu de raison de croire à l'existence d'un système de droit privé bien défini. Des races mélangées doivent, au moins dans les questions secondaires, avoir produit des coutumes et des usages mélangés ; et, bien que les matériaux fassent défaut pour établir avec certitude la coexistence des systèmes différents dans les différentes branches de la population, il est cependant difficile de résister à la conviction que quelque chose, en tous cas, de ce dualisme (4) si marqué dans beaucoup des institutions primitives de Rome doit s'expliquer par des considérations ethniques.

(4) Jhering, *Geist*, vol. 1, § 19 [trad. Meulenaere, t. 1, § 23, p. 305], tout en rapportant ce dualisme à une autre source, a donné ce tableau de ses manifestations les plus importantes :

	Système religieux.	Système profane.
Symbole.	*Fas* *Aqua et ignis*	*Jus*, *vis* *Hasta (quiris) manus*
Représentant	Numa	Romulus
Mariage	*Confarreatio (far, aqua et ignis)*	*Coemptio (hasta coelibaris)*
Contrat	Serment, *sacramentum*, *sponsio*, *fœdus*.	Garantie publique, *mancipatio*, *nexum*
Procédure	*Legis actio sacramento*	Justice privée, *vindicatio*, *manus injectio*, *etc.*
Droit criminel	*Pœna*, moyen d'expiation	*Pœna*, moyen de réparation

SECTION 2. — LES PATRICIENS (1).

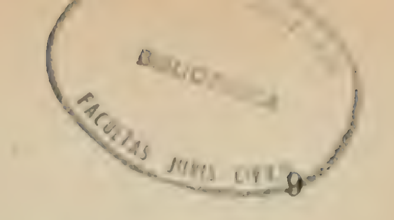
Il y avait une partie du droit de Rome, qui portait le nom distinctif de *jus Quiritium*, le droit des hommes qui tiennent la lance *(spearmen)*. Les Quirites étaient les membres des maisons gentiliciennes, organisées dans leurs curies, pour des buts militaire, d'abord, politique en second lieu. Eux seuls, parmi les habitants établis autour de l'*urbs quadrata*, étaient comptés comme citoyens, au moins jusqu'à l'époque de Servius Tullius. Eux seuls pouvaient consulter les dieux par l'intermédiaire des *auspicia*, et participer au culte offert aux divinités tutélaires de Rome. C'est dans leur sein que le roi choisissait son conseil des anciens ; et eux seuls pouvaient prendre part aux comices curiates, l'assemblée des guerriers. Eux seuls pouvaient contracter un mariage légitime, faire un testament : en un mot, ils étaient les seuls à avoir directement droit au bénéfice des institutions propres à Rome.

Mais ces prérogatives des bourgeois patriciens leur appartenaient comme membres des maisons gentiliciennes. La Rome patricienne était une fédération de *gentes* ou clans : les clans, agrégations de familles, portant un même nom, et, théoriquement du moins, faisant remonter leur origine à un ancêtre commun. Que l'exposé traditionnel de la proportion numérique des familles par rapport aux clans, et des clans aux curies ait, ou non, un fondement historique solide, et quelle que puisse être l'explication de la méthode qui permit d'atteindre la symétrie, sur laquelle

(1) Jhering, *Geist*, vol. 1, § 14, [trad. Meul., § 17] ; Genz., *op. cit.*, p. 1 et ss. ; Voigt, *XII Tafeln*, vol. 1, §§ 169-170 ; [Mispoulet, p. 14 ss. ; G. Bloch, *op. cit.*, p. 103 et ss. ; Willems, *loc. cit.* ; Padeletti Cogliolo, *Storia del diritto romano*, Florence, 1886 ; Mommsen, *droit public romain*, traduit par Girard, Paris 1889, t. VI, p. 1 et ss. ; G. Carle, p. 17 et ss.]

les anciens auteurs insistent avec tant de complaisance, il est hors de doute que l'organisation gentilicienne était commune au moins aux deux races qui contribuèrent le plus largement à la formation de la cité, et qu'elle fut la base des arrangements nouveaux. La fédération nécessitait la nomination d'un chef commun, et des institutions communes religieuses, militaires, politiques et judiciaires. Mais elles furent longtemps avant de renverser entièrement les institutions distinctes des *gentes* fédérées. Chaque clan avait son culte propre, spécial à ses membres : c'était là le lien universel de l'association dans ces temps primitifs. Il avait sa propriété commune (p. 49) et ses sépultures communes. Il devait avoir quelque conseil ou assemblée commune ; car on nous parle, non seulement d'usages spéciaux, mais de statuts ou décrets des *gentes*. Il y a dans l'histoire des exemples de guerre menées individuellement par les *gentes* : elles devaient donc avoir le droit de requérir le service militaire à la fois de leurs *gentiles* et de leurs *gentilicii* (2). Les veuves et orphelins des hommes décédés du clan étaient sous la garde de la *gens*, ou sous celle d'un de ses membres en particulier, à qui ce soin avait été spécialement confié. Si un homme du clan ne laissait point d'héritier, sa propriété passait à ses *co-gentiles*. La *gens* exerçait sa surveillance et sa discipline sur les mœurs de ses membres; intervenait pour empêcher la prodigalité et l'imprévoyance, restreignait les abus de l'autorité domestique, et frappait de sa censure et, dans les cas graves sans doute, de peine les manques de foi ou toute autre conduite déshonorante. On dit qu'il n'y a point de preuve

(2) C'étaient les chefs de famille composant la *gens*, qui étaient proprement *gentiles* ; les membres dépendants et les clients attachés à ces familles étaient seulement *gentilicii*. [Conf. Padeletti Cogliolo, *op. cit.*, p. 158, n. 9].



qu'elle ait exercé une juridiction propre ; mais en présence de tous ces autres pouvoirs qu'elle possédait incontestablement, il est difficile de supposer que, dans sa sphère, son chef ne s'adressait pas constamment à elle pour lui demander d'agir comme conciliateur ou arbitre. Enfin, ses membres avaient toujours droit de compter sur son assistance, d'être entretenus par elle, en cas d'indigence, d'être rachetés de captivité, soutenus dans leurs disputes et démêlés légitimes, vengés en cas de mort ou d'injure (2 *bis*).

Comment tout cela était-il réglé dans les détails ? il est impossible de le dire. Nous ne savons même pas si le chef ou président du clan était héréditaire ou nommé à l'élection, et, dans ce dernier cas, si c'était à vie, ou pour un terme plus court. Il est probable qu'en cela, comme en d'autres matières, il n'y avait point de pratique uniforme. Mais, dans le système de la *gens*, il y avait incontestablement un *imperium in imperio*, qui doit avoir exercé.

[2 *bis*. L'opinion très générale aujourd'hui est que la *gens* est la famille *lato sensu*, idée dont on retrouve un vestige jusque dans un texte du Dig. L. 195, 4. Dig. 50, 16 de verbor. signif. Consulter notamment Mispoulet, p. 9 et ss. ; G. Bloch, *op. cit.*, p. 102 et ss., spécialement p. 186 ; Willems, *loc. cit.*, et Revue historique, 1885, t. 28, p. 166 et ss. (compte-rendu du livre de M. Bloch) ; Mommsen, droit public (trad. Girard), t. 6, p. 8 et ss. ; Riston, Essai sur la *gens* et les *gentiles*, Paris, 1887 ; Padeletti Cogliolo, p. 154 et ss. ; G. Carle, p. 35 et ss. ; May, *Eléments de droit romain*, Paris, 1889, p. 141 et ss. ; — Sur le *nomen gentilicium* spécialement Cagnat, *épigraphie*, Paris, 1886, p. 14 et ss. ; Casati, *Origine étrusque de la gens romaine*, Paris, 1886-1887 ; H. Michel, *Du droit de cité romaine*, Paris, 1885, p. 46, 163 et ss., notamment p. 166, où il fait remarquer que la formule bien connue de Cicéron (*topiques*, 6) définit la *gentilitas*, non pas la *gens*. Sur les rapprochements avec d'autres nations antiques, voir Garsonnet, *locations perpétuelles*, Paris, 1879, p. 15, 21, 33, et 48 ; Claudio Jannet, les institutions sociales à Sparte. Paris, 1880, p. 18 et ss. ; Kowalevski, *Coutume contemporaine et loi primitive*), compte-rendu de Dareste) ; J. des Savants, 1887, p. 279, App. note *a*.]

pendant deux ou trois siècles, une influence puissante sur le droit privé, et qu'on ne doit point perdre de vue, en déterminant les conditions qui ont hâté ou retardé son progrès (3).

Section 3. — Les Clients (1).

Dès les premiers temps de son histoire, Rome donna l'espérance de sa future grandeur. Les succès remportés dans les petites guerres, l'une après l'autre, lui permirent de priver bien des petites communautés de leur indépendance, de laisser leurs membres dépouillés tout ensemble de leur religion, de leur territoire et de leurs moyens d'existence. Ils durent se tourner vers une protection

(3) Il est bon de se rappeler que, sauf de très rares exceptions, les *gentes* patriciennes particulières n'étaient pas fortes numériquement. Quelle qu'en puisse être l'explication, le fait est, semble-t-il, que, en dépit de l'admission dans leurs rangs des principales familles Albaines par Tullius Hostilius, et la création des *minores gentes* par Tarquin l'Ancien, elles s'éteignirent si rapidement que, vers la fin de la période royale, les trois cents *gentes* de l'origine avaient été réduites de plus de moitié (Voy. Genz, *loc. cit.*, p. 9 et ss.) [G. Bloch, p. 112, 113, 208 et ss.]. La grande force qu'on nous rapporte des *gentes* Tarquinienne et Claudienne était due à leurs clients ; celle des Fabiens sans doute à la règle qui leur défendait l'exposition des enfants et commandait à tous les hommes de se marier.

(1) Voy. Mommsen, « Die röm. Clientel », dans ses *Röm. Forsch.*, vol. 2, p, 355 et ss. ; Voigt « Ueber die Clientel u. die Libertinität », dans les *Berichte d. phil.-hist. Classe d. K. Sächs. Gesellsch. d. Wissenchaft*, 1878, p. 147-219 ; Marquardt, *Privatleben d. Römer* (Leipzig, 1879), p. 196 et ss. ; Voigt, *XII Tafeln*, vol. 2, p. 667-679. [Voigt *Ueber die leges regiæ* (Leipzig, 1879), (*VII B. d. Abhandl. der phil.-hist. Class d. K. Sächs. Gesellsch. d. Wissensch.*), p. 573 et ss. ; Mommsen, *Hist. R.*, (trad. Alexandre), I, p. 211-213, IV, App. c. ; *Droit public* (trad. Girard), t. 6, p. 59 et ss. ; G. Bloch, p. 107 et ss. ; Mispoulet, p. 21 et ss. ; Willems, p. 8 et s. ; J. Flach, *Origines de l'ancienne France*, Paris, 1886, p. 53, 55 et 65 ; Lefort, *Institutions des Gaulois*, Paris, 1881, p. 8 et s. ; Padeletti Cogliolo, pp. 18 *u*, 80 *s*., 209 et ss., et 519 *a* ; Krüger, *Geschichte d. capitis deminutio*, Breslau, 1887, p. 257 ; Lemonnier, *Condition privée des affranchis*, Paris, 1887, p. 13 et s. ; G. Carle, p. 46 et ss. ; G. Melin, *Essai sur la clientèle romaine*, Nancy, 1889 ; App., note *a*.]

quelconque ; et un grand nombre la cherchèrent chez leurs vainqueurs. Pour beaucoup d'autres, aussi bien immigrants volontaires que réfugiés d'autres cités, le nouvel établissement se trouvait un centre d'attraction. Il était tout prêt à les recevoir ; mais comme sujets seulement, non pas comme citoyens. Suivant une coutume familière à la fois aux Latins et aux Sabins, les nouveaux venus invoquèrent la protection des chefs des familles patriciennes renommées, auxquels ils s'attachèrent à titre de serviteurs libres. Ces rapports étaient connus sous le nom de rapports de patron et de client. Ils faisaient de ce dernier un membre libre de la *gens* de son patron, et ainsi, indirectement, le mettaient en relation avec l'Etat. Mais c'était auprès de son patron individuel qu'il cherchait premièrement aide et assistance ; c'était à lui que son hommage et son service étaient dûs tout d'abord. Denys dépeint les rapports existant entre eux comme revêtus du caractère le plus sacré ; les devoirs du patron envers son client viennent immédiatement après ses devoirs envers ses enfants, ses pupilles. Il devait lui fournir tout ce qui était nécessaire à sa subsistance et à celle de sa femme et de ses enfants, et, comme les possessions privées croissaient en étendue, il n'était point inusité de voir un patron ou sa *gens* donner, pour le temps qu'il lui plaîrait, à un client une parcelle à cultiver pour lui-même. En outre, le patron devait assister son client dans ses transactions avec les tiers, obtenir réparation pour lui des injures subies, et le représenter devant les tribunaux, quand il était impliqué dans un procès. Le client, de son côté, devait soutenir les intérêts de son patron, par tous les moyens en son pouvoir. Ce que Denys nous rapporte des obligations de contribuer à doter la fille du patron, et autres semblables, se réfère évidemment à une époque avancée

de l'histoire de Rome, où il arrivait quelquefois que la situation réciproque des parties, quant à la fortune, se trouvait intervertie. En effet, la relation était héréditaire des deux côtés, et il peut y avoir eu des exemples de familles, montées à une belle position sociale, arrivées à une grande fortune, et qui reconnaissaient, à travers bien des générations, être encore clientes de maisons patriciennes, tombées elles mêmes dans l'embarras, et leur rendaient l'assistance, selon leur devoir. Mais, pendant la période royale, l'avantage doit avoir été surtout pour le client, qui, sans devenir citoyen, obtenait directement la protection du patron et de son clan, et, indirectement, celle de l'état (1 bis).

Section 4. — Les Plébéiens (1).

La plèbe comprenait tous les hommes libres qui, sans être citoyens, patriciens ni clients, avaient établi à Rome une résidence permanente, avec l'espoir de passer leur vie dans ses limites, et d'avoir, *de facto* du moins, le béné-

[1 *bis*. Cette situation, suivant l'opinion commune, subsiste encore à l'époque de la loi des XII Tables. La dépendance du client à l'égard du patron est encore si accentuée, qu'il paraît inutile de donner à ce dernier une garantie de droit ; au lieu qu'on prévoit le cas où le patron viendrait à violer ses devoirs « *Patronus si clienti fraudem fecerit sacer esto* », disposition qui est peut-être la reproduction d'une loi attribuée par Denys d'Halycarnasse à Romulus (II, 10). Voy. Mommsen, *Droit public*, t. 6, p. 90, n. 2 ; comp. Voigt, *Leges regiæ*, p. 574 et ss., qui pense que la loi de Romulus visait la violation du devoir moral, les XII Tables, la fraude pécuniaire.]

(1) [Voir les auteurs cités par S. Reinach, *Philologie*, t. 2, p. 230, Paris, 1884 ; et en outre : Mispoulet, *Instit. politiques*, t. 1, p. 27 et ss. ; G. Bloch, *op. cit.*, p. 255 et ss. ; Lange, *Hist. intérieure* (trad. Berthelot et Didier), p. 56 et ss. ; Willems, *op. cit.*, t. 1 (2e édit.), p. 10 et ss., et le compte-rendu critique de cet ouvrage, par Bloch, *Revue historique*, t. 24, p. 166 et s. ; Padeletti Cogliolo, p. 19, 20 ; Mommsen, *Droit public* t. 6, p. 70, 74 et ss. ; G. Carle, *op. cit.*, p. 17, 166 et ss. Voy. App., note *a*.]

fice de ses institutions. Les origines de ce corps, comme élément distinct des clients, est d'ordinaire associé à la destruction d'Albe. L'idée est que les membres de son peuple, qui n'étaient pas de distinction assez haute pour être admis dans les rangs du patriciat, et cependant avaient trop d'indépendance pour se soumettre à un patron particulier, se placèrent sous la protection directe du souverain ; et, ainsi, comme le dit Cicéron, — quoique, sans aucun doute, il n'emploie le mot que dans son sens vulgaire, — ils devinrent des clients royaux. On ajoute que leur nombre s'augmenta largement, sous le règne suivant, par la conquête de plusieurs villes latines, qui avaient rompu le traité conclu avec elles après la chute d'Albe, et par la transportation de leurs habitants à Rome. Il est néanmoins très douteux que l'on puisse considérer tel ou tel établissement (ou immigration) en particulier comme l'origine de la plèbe. Il semble plus conforme à l'histoire d'y voir une masse hétérogène d'hommes libres, en dehors des *gentes*, dont le nombre, sans doute faible à l'origine, augmenta avec une rapidité toujours croissante, et qui avaient élu domicile à Rome par choix ou par force, mais avaient refusé de se soumettre à un patron. Les uns étaient peut être établis à la place où Rome fut fondée ; d'autres étaient des immigrants volontaires en quête de commerce ; d'autres, peut-être, des réfugiés, des exilés de leur ancienne patrie, à cause de leurs méfaits ; beaucoup avaient été contraints de chercher un nouvel abri, par le sort rigoureux de la guerre, qui avait bouleversé leurs cités natales, et les avait laissés eux sans dieux, sans patrie, sans demeure. Avec le temps aussi, leur nombre s'accrut des descendants de clients, qui n'étaient pas disposés à garder leur fidélité ou en avaient été relevés, par l'extinction des *gentes*, leurs patronnes.

Il n'y a pas la plus légère raison de croire qu'il y ait eu entre eux une cohésion générale avant Servius. Ils étaient de races différentes, établis à Rome pour différents motifs, et pratiquaient sur beaucoup de points, des usages différents. Si le rapport que Tite Live nous fait, avec toutes les apparences de la certitude, est exact, et que le culte d'Hercule à l'*ara maxima* ait été Grec (1 bis), nous pouvons presque en induire que parmi les premiers représentants de cette classe de sujets non citoyens et ne se rattachant à personne, il peut y en avoir eu quelques-uns d'origine hellénique. L'existence, à une date très ancienne, d'un *vicus Tuscus*, dans la vallée au dessous du Palatin, indique la présence d'un contingent venu de l'Etrurie. Cependant la masse était incontestablement composée de Latins, ayant des traditions et des usages très semblables à ceux du plus grand nombre des maisons patriciennes ; et ce fut ce qui amena, avec le temps, le triomphe du Latinisme et la prédominance de l'esprit de domination dans le *jus quiritium*.

L'histoire attribue à Numa la distribution des artisans et ouvriers en corporations, au nombre de huit ou neuf (*collegia opificum*) (2). Au regard des récits que nous possédons, à une date postérieure, sur les relations subsistant entre confrères de la corporation, cette action de Numa a une signification et un intérêt tout spécial. Ce fut cette création d'associations entre les plébéiens, qui compensa, dans une certaine mesure, parmi eux, l'ab-

[1 *bis*. *Contrà*, M. Bréal, *Mélanges de Mythologie et de linguistique*, Paris, 1878, qui voit en Hercule un dieu national italien, plus tard identifié avec l'Hercule grec.]

(2) Plut., *Numa* 17. Mommsen, dans son traité *De collegiis et sodalibus romanorum*, (Kiel, 1843), traite cela de fable, mais dans son histoire, il l'accepte comme un fait, dans cette mesure, que les corporations doivent avoir été établies dans les premières années de la cité.

sence d'organisation gentilicienne. Ces associations ne touchaient pas à leur situation politique : mais elles leur procuraient dans la vie privée, des avantages dont ils n'auraient pas joui autrement. Elles leur donnaient un culte commun, peut-être un lieu de sépultures communes, avec un maître et un conseil pour régler leurs affaires, consolider leurs usages et arranger leurs différends. Entre les confrères, il y avait un lien, non pas assurément de descendance, réelle ou fictive, d'un ancêtre commun, mais d'alliance étroite et de dépendance mutuelle : chacun était tenu envers les autres de devoirs semblables à ceux qu'eussent pu réclamer de lui un pupille, un hôte ou un parent (3). Les contingents Latins, qui contribuèrent à grossir les rangs des plébéiens, sous le règne des successeurs immédiats de Numa, étaient adonnés plutôt aux occupations rurales qu'au commerce : mais ils paraissent avoir été traités par le souverain avec autant de bienveillance que précédemment les artisans. Non qu'ils aient été incorporés d'une façon quelconque ; cela ne leur était pas aussi nécessaire qu'aux commerçants et, au point de vue politique, n'eût peut être pas été sans inconvénient. Mais ils obtinrent, — ce qui était pour eux d'une haute importance — des distributions de terres à cultiver ; et l'on établit à Rome un marché hebdomadaire, où ils pouvaient venir

(3) Voir dans Mommsen, *De collegiis*, p. 3, divers extraits de Cicéron, qui montrent, par des exemples, le caractère étroit des relations entre *sodales*. M. Albert Gérard, dans son *Etude sur les corporations ouvrières à Rome* (Montbéliard, 1884), exprime l'opinion que Numa n'imagina pas les corporations, mais ne fit que reproduire à Rome une institution déjà bien connue ailleurs. Il y a, dans Tite-Live un passage (IV, 9), où, parlant de la révolte de 311 U. C. de la *plebs* d'Ardée contre l'aristocratie, il dit qu'après que la plèbe eut quitté la ville, les *opifices* résolurent de se ranger de son côté, dans l'espérance du pillage. Ce langage suggère l'idée que les artisans avaient une organisation indépendante, étaient dans une certaine mesure, une classe separée. [Comp. Padeletti Cogliolo, p. 228, n. *y*.]

vendre leurs produits. Les récits ne sont pas d'accord sur le genre de tenure des biens qui leurs étaient affermés ; mais quelle qu'ait été la situation à l'origine, que les terres qu'ils occupaient leur vinssent du roi en particulier ou de l'Etat, qu'elles aient été acquises au moyen de distributions ou par achat, il est évident qu'à l'époque de Servius ils étaient francs tenanciers (freeholders) : car ils furent, en grand nombre, enrôlés dans ses « classes », et la condition, pour y être admis, était la propriété de biens fonds à titre quiritaire. C'est à ce point de vue que certains auteurs sont disposés à considérer les plébéiens, même avant les réformes Serviennes comme des demi-citoyens (half-fledged), — *cives sine suffragio* ; mais leur appliquer une pareille épithète semble placer leur droit trop haut. En admettant qu'ils aient eu le droit d'avoir la propriété et des meubles et des immeubles, celui de la transmettre par les modes quiritaires de transfert, et d'obtenir protection de cette propriété devant les tribunaux (3 *bis*), néanmoins, non seulement ils n'avaient aucune part dans le gouvernement de la cité, mais se voyaient refuser toute participation à sa religion. Gens, à qui les *auspicia* étaient inaccessibles, il ne pouvait être question pour eux de mariage avec les maisons gentiliciennes : et même les patriciens les plus inflexibles décriaient souvent les unions, qu'ils contractaient entre eux, leur déniaient les effets d'un mariage légitime, parce qu'elles n'avaient pas été consacrées par les cérémonies religieuses, auxquelles l'ordre aristocratique était habitué (p. 33). Ils n'eurent point *de gentes* pendant les quatre premiers siècles de Rome, — circons-

[3 *bis*. Ce paraît être le point de vue de M. Carle, qui est disposé à attribuer aux plébéiens le *jus nexi mancipiique* dont Festus dit que la loi des XII Tables parlait à propos des *forcti et sanates*. Voy. G. Carle *op. cit.*, p. 171.]

tance qui les plaçait dans une situation désavantageuse en matière de succession et de tutelle (§§ 9. 11) : mais on trouve des indications que. pour certains objets. le cercle des proches parents et alliés par mariage tenait chez les plébéiens la même place que les *co-gentiles* chez les patriciens (p. 45) (3 *ter*).

[3 *ter*. On aura pu remarquer, dans tout cet exposé, que l'auteur ne craint pas de s'appuyer sur ce qu'on est convenu d'appeler la « légende ». Mais, on l'a déjà remarqué, les récits de la tradition contiennent presque toujours des indications précieuses. Pourquoi donc ne pas les respecter, quand on n'a rien de mieux à leur substituer ? ne sont-ils pas préférables encore à des conceptions qui, — c'est M. Carle qui le dit (p. 175) — ne se rattachent parfois à rien du tout].

CHAPITRE SECOND

PRINCIPES D'ORDRE PUBLIC ET PRIVÉ.

SECTION 5. — ABSENCE DE SYSTÈME DÉFINI DE DROIT.

Pomponius (1), qui était contemporain de Gaïus, décrit, comme suit, l'état du droit sous la Rome royale.

« Dans le commencement de notre Cité, le peuple vécut, pendant un temps, sans loi certaine, sans droit défini ; il était, en tout, soumis au pouvoir (*manus*) sans contrôle des rois. Mais après que la Cité eut quelque peu grandi, Romulus, nous dit-on, divisa la population en trente parties, qu'il appela *curiæ*, parce que c'était en suivant leurs opinions qu'il dirigeait l'administration de l'Etat (*rei publicæ curam per sententias earum expediebat*). Lui-même fit rendre quelques décisions par l'assemblée curiate ; ses successeurs l'imitèrent ; ces lois sont toutes réunies dans le recueil de Sextus Papirius, l'un des citoyens marquants de l'époque de Tarquin le Superbe, et fils de Damaratus de Corinthe. Son livre porte le nom de *Jus civile Papirianum ;* non que Papirius y ait ajouté quelque chose de son propre fonds, mais parce qu'il rangea dans une sorte d'ordre ces lois précédemment isolées. Lors de l'expulsion des rois par la loi Junia (*lege tribunicia*) toutes ces lois royales tombèrent en désuétude, et le peuple recommença à être gouverné par un droit incertain et par

(1) Pomp. *lib. sing. Enchiridii*, au *Dig.*, I, 2, fr. 2, §§ 1-3.

l'usage, plutôt que par des lois. Cet état de choses dura environ vingt ans. »

Tel est l'exposé des débuts du droit romain que Justinien met en tête de la partie principale du *Corpus Juris*. Il abonde en erreurs historiques, et pourtant il est intéressant comme récit de ce qu'un jurisconsulte de l'époque des Antonins croyait être la réalité, et que Justinien, à peu près 400 ans plus tard, se contentait d'accepter comme exact. Le seul point, qui puisse être admis sans réserve, est la constatation qu'à l'origine le droit était loin d'être défini. On peut en même temps admettre aussi qu'une grande partie de ce qu'on trouvait manquait des conditions regardées par des jurisconsultes philosophes comme essentielles à la conception du droit. Ce n'était pas une autorité souveraine unique qui l'établissait; sa nature n'était pas toujours la même; ses sanctions souvent telles qu'elles seraient réprouvées par la science moderne du droit; et, en bien des cas, leur mise à exécution était laissée aux soins des particuliers plutôt que de l'Etat. Mais, sous la forme de *fas* ou de *jus*, ou simplement de préceptes de *boni mores*, il existait des règles très nombreuses pour définir le droit des personnes et empêcher leur violation, — en un mot, des principes d'ordre public et privé, desquels devait se dégager, à travers les siècles, la science murie du *Corpus Juris Civilis* (1 *bis*).

Section 6. — Fas (1).

Quoique les mentions fréquentes du *fas*, distingué du

[1 *bis*. Sur l'ensemble des règles juridiques primitives, voir Cogliolo, *Saggi di Evoluzione*, Turin 1885, p. 101 et ss.; Padeletti Cogliolo, p. 100 *a*, 105 *l*, aussi p. 299 *b*.]

(1) Ihering, *Geist*, vol. 1, §§ 18 et 18 *a*; Voigt *XII Tafeln*, vol. 1, §§ 13, 46. [Padeletti Cogliolo, p. 119 *b*].

jus, témoignent de son importance comme élément du droit romain primitif, il est néanmoins extrêmement difficile de déterminer sa nature et ses limites. Cela peut, dans une certaine mesure, s'expliquer par ce fait que ce qui, à l'origine, rentrait dans le domaine du *fas*, une fois sanctionné par les tribunaux séculiers et ainsi revêtu de la consécration de l'autorité humaine, ne se distinguait plus du *jus*; et, à l'inverse, il peut y avoir eu d'autres commandements du *fas* qui, par la désuétude des châtiments qu'infligeaient les pontifes pour leur violation descendirent au niveau des préceptes de *boni mores*.

Le *fas* désignait la volonté des dieux, — les lois données par le Ciel aux hommes sur terre (2). Chez un peuple qui croyait aussi profondément que les anciens Romains que c'était par les dieux et en eux qu'ils avaient la vie, le mouvement et l'être (Comp. Actes des Apôtres ch. XVII, v. 25), il ne pouvait manquer d'être entouré de la considération la plus haute, et d'exercer une influence plus puissante que des règles purement humaines. Autant qu'il est

(2) Isid. *Orig.* V, 2. — « Fas lex divina, jus lex humana est »: Serv., *ad Georg.*, I, 269. — « Fas et jura sinunt, *i. e.* divina humanaque jura permittunt; nam ad religionem fas, jura pertinent ad homines ». Ces définitions sont relativement récentes et expriment à peine l'idée. Ausonius identifie *Fas* et *Thémis* — « Prima Deum Fas, quæ Themis est Græcis ». Fas fut certainement quelquefois personnifié, particulièrement dans les *formulæ* employées par les féciaux, *e. g.*, Liv. I, 32. Voir Bréal « Sur l'origine des mots désignant le droit en latin », *Nouv. Rev. Hist.*, vol 7, (1883) p. 607 et ss. [Comp. Gaddi, *traduction de Muirhead*, Milan, 1888, p. 14, n 17, qui rattache le mot *fas* au sanscrit *dha* — établir, fixer, — règles établies par les pontifes ou les rois. Quant à l'idée que les lois ont une origine divine plutôt qu'humaine, et à la confusion entre la religion et la législation, rien n'est plus commun dans l'antiquité: et, sans invoquer l'exemple du Décalogue, on peut citer les légendes qui attribuaient les lois de Numa à la nymphe Égérie, celles de Zaleucus à Pallas Athènè, celle de Crète à Jupiter. Voir sur ce point Padeletti Cogliolo, p. 105, 1; également Herbert Spencer, *sociologie*, (trad. Cazelles, Paris, 1883, III, 686, V^e partie, ch. XIV].

possible de l'induire de nos renseignements épars à ce sujet, il occupait une place plus haute et avait une portée plus large que ces dernières (3). Il n'y avait que peu de ses commandements, prohibitions ou préceptes qui fussent adressés aux hommes, en qualité de citoyens d'un état particulier : son domaine embrassait l'humanité entière. Il défendait d'entreprendre une guerre sans observer les cérémonies féciales prescrites ; autrement, ce n'eût point été *purum piumque bellum*, mais un acte de violence des envahisseurs, que leurs dieux n'auraient pas sanctionné, contre un autre peuple également protégé des dieux. Il exigeait que la foi fût gardée, même envers un ennemi, à qui on avait fait une promesse sanctionnée par un serment. Il prescrivait l'hospitalité à l'égard des étrangers, parce que l'hôte étranger, aussi bien que celui qui le recevait, étaient présumés l'objet de sollicitude du pouvoir supérieur. Il punissait le meurtre, parce que c'était ravir une existence donnée par la divinité ; la vente d'une femme par son mari, car elle était devenue sa compagne en toutes choses, humaines et divines ; le fait de lever la main contre son père, car c'était la destruction du premier lien social et religieux, — le respect dont est tenu l'enfant à l'égard de ceux à qui il doit le jour ; les unions incestueuses, car elles souillaient l'autel (3 *bis*) ; le faux serment et la rupture des vœux, car c'étaient des des insultes aux divinités invoquées. Déplacer des limites, une borne, était une offense des plus détestables, non pas tant parce que l'acte était une provocation à des querelles intestines, que parce que la pierre elle-même qui servait de limite, garantie de la

(3) *Fas* permettait quelquefois ce que *jus* défendait, — « transire per alienum fas est, jus non est ». (Isid. *Orig.*, V. 2, 2, dans Bruns, p. 326).

[3 *bis*. Sur le caractère sacré de la punition de l'inceste, voir Padeletti Cogliolo, p. 125.]

paix entre voisins, était particulièrement sous la garde des dieux. Toute entreprise sur un *locus sacer* était une violation du *fas*; et au jour déclaré saint par les ministres de la religion, c'eût été un péché pour un magistrat d'exercer aucune branche de sa juridiction, où il eût à prononcer une des trois paroles sacramentelles, — *do, dico, addico* (4).

La réponse à la question « Comment ces règles du *fas* étaient-elles sanctionnées? » est hérissée de difficultés. Leur violation rendait l'offenseur *impius*; mais son péché pouvait quelquefois s'expier, d'autres fois, non. L'expiation exigeait une offrande de paix faite à la divinité offensée (*piacularis hostia*) accompagnée, sans doute, de réparation à l'égard du tiers lésé. Les conséquences d'une violation inexpiable du *fas* dépendaient apparemment des circonstances. Prenons l'hypothèse d'un *parjure*. Il avait appelé solennellement le courroux du ciel sur lui-même et tout ce qui lui appartenait pour le cas où il prêterait sciemment un faux serment. C'était au pontife de dire s'il l'avait fait; ou si son offense devait être attribuée à son imprudence et, par suite, était expiable. Si elle ne l'était pas, qu'arrivait-il donc? Les pontifes se contentaient-ils de leur verdict, s'abstenaient-ils de toute sentence expresse, et laissaient-ils à la personne lésée le soin de ser-

(4) Ce ne sont là que des exemples, dont l'énumération ne prétend nullement épuiser tous les cas rentrant dans le *fas*. Une telle énumération est impossible. Cicéron dit de l'adoption d'une personne plus âgée par une plus jeune, qu'elle est non seulement *contra naturam*, mais *contra fas;* et Paul se sert de la même expression à propos de l'achat d'un homme libre destiné à produire effet au cas où il deviendrait esclave. C'est toutefois un point douteux de savoir s'ils n'entendaient point par là dire simplement que les actes, qu'ils condamnaient, étaient contraires à la loi non écrite de la nature, ou s'ils voulaient dire plus. Le même doute s'élève pour d'autres exemples, où le mot est employé par des écrivains postérieurs.

vir d'instrument à la divinité irritée en punissant l'offenseur par des représailles (5) ? Ou bien, lançaient-ils une excommunication formelle contre le pécheur, le déclarant *sacer*, *i.e.* le dévouant aux dieux infernaux et confisquant sa fortune pour le service de la divinité qu'il avait précédemment offensée ? C'était la punition expresse de plusieurs des délits mentionnés plus haut, — la vente d'une femme, le fait de frapper son père, le déplacement d'une borne etc., p. 69. L'*homo sacer* était un paria, au sens complet du mot, — un homme dont la compagnie était une souillure, qui ne pouvait prétendre à participer en rien aux institutions civiles ou religieuses de l'Etat, dont la vie n'aurait point été acceptée en sacrifice par les dieux, et que, cependant chacun pouvait impunément mettre à mort, comme n'étant plus protégé des dieux (6). Ainsi ces préceptes du *fas* n'étaient pas de pures exhortations à une vie exempte de blâme, mais se rapprochaient étroitement des lois, et leur violation était frappée de châtiments qui, pour être plutôt religieux que civils, n'en avaient pas moins de réalité.

Section 7. — Jus.

Il n'y a pas, dans le vocabulaire du droit romain, de mot qui ait plus de significations diverses que le mot *jus*. — « loi », règle d'action (*norma agendi*), « droit » faculté conférée par la règle (*facultas agendi*), « droit » opposé à mal, « droit strict » opposé à équité, « justice », comme dans l'expression *jus reddere* (rendre la justice).

(5) C'est l'opinion de Danz, *Sacrale Schutz* p. 47 et ss. Il attache une grande importance aux paroles de Tite-Live (V, 11). — « Numquam deos ipsos admovere nocentibus manus ; satis esse, si occasione ulciscendi læsos arment ».

(6) Festus, v. *Sacer*, (Bruns), p. 288). Voir § 12, notes 12 et 13.

« le lieu où la justice était rendue », comme dans la locution *in jus vocatio*, et ainsi de suite (1). Il n'y a que peu de doute que le premier de ces sens contenait l'idée première exprimée par le mot ; et l'on a dit avec raison que si l'on pouvait déterminer sûrement la signification du mot *jus*, on obtiendrait par là même et inconsciemment une définition de ce que les Romains entendaient par loi (2). L'ancienne forme était *jous*, qu'Ennius, dit-on, considérait comme se rattachant à Jupiter (Jove) (3). Certains auteurs modernes conservent la même opinion (4). La philologie la plus récente le fait dériver du sanscrit *ju*, joindre, lier, unir ; d'où quelques-uns déduisent comme signification de *jus*, « ce qui lie », « le lien de la société », d'autres « ce qui est régulier, suivant l'ordre, convenable (5) ». Le dernier investigateur (M. Bréal) l'identifie avec le *jos*, *jaos*, ou *jaus* des Védas, ou le *jaes* du Zend-Avesta, — mots, dont le sens exact est controversé, mais qu'il interprète par l'expression « volonté divine (6) ». On accorde généralement que *jubeo* est une contraction de *jus hibeo*, tenir ou prendre comme *jus*. Si on peut adopter la définition de Bréal, on obtient une interprétation très significative des paroles adressées par le magistrat, président des comices assemblés, quand il leur demandait s'ils approuvaient la loi proposée par lui, — *Velitis, jubeatis, Quirites*, etc... « Est-ce votre désir,

(1) Voir *Dig.*, I, 1, frs. 11 et 12.

(2) Clark, *Pract. Jurisprud.*, p. 14.

(3) Apuleius, *De Deo Socratis*, 5.

(4) *E. g.*, Lasaulx, *Ueber den Eid bei den Römern*, Würzburg, 1844, p. 9 ; Huschke, *Das alte Römische Jahr*, Breslau, 1869, p. 214.

(5) Voir les références dans Clark, *Pract. Jurisprud.*, pp. 16 à 20. Lui-même adopte la dernière définition.

(6) Bréal, (*op. cit.*, § 6, note 2), p. 606. [Joignez, Mommsen, *Droit public*, t. VI, pp. 352, 353 texte et notes : comp. Padeletti Cogliolo, p. 299, note t].

Quirites, considérez-vous comme volonté divine que... » etc. Comme le vote des lois dans les comices par curies et par centuries était regardé comme un office religieux, et qu'il pouvait être annulé par les *patres*, en donnant pour motif qu'il y avait eu un vice dans les *auspicia*, et que, par conséquent, la volonté des dieux n'était pas clairement déterminée, cette explication de Bréal paraît n'être pas sans fondement. — *vox populi, vox dei*. S'il est dans le vrai, la seule différence entre *fas et jus* était celle-ci ; la volonté des dieux, contenue dans l'un, comme dans l'autre, était déclarée par un intermédiaire inspiré, dans l'un, purement humain, dans l'autre.

Ce *jus* pouvait être le produit, ou bien d'une coutume traditionnelle et invétérée *(jus moribus constitutum)* ou d'une loi *(lex)* (7). On cherche en vain une décision législative établissant des institutions telles, par exemple, que la *patria potestas*, ou fixant les règles primitives des successions. La loi peut avoir réglementé quelques-uns de leurs détails ; mais elles avaient pris forme et consistance avant les commencements de Rome. Il est toutefois permis de croire que, dans le principe, les coutumes observées n'étaient peut-être rien moins qu'uniformes, — que non seulement celles des différentes races, mais celles aussi

(7) Il y a controverse sur l'étymologie du mot *lex*. Il était usité par les jurisconsultes dans deux sens distincts — 1) désignant une décision des comices (G. I, 3), et de là parfois appelée *lex publica* (G. II, 104, III, 171) ; 2) signifiant une obligation, restriction, condition, déclaration ou autre clause expressément insérée dans un acte privé (*lex privata*) comme dans les locutions *lex mancipii*, *lex contractus*, *lex testamenti*, etc. Il dérive vraisemblablement de λέγειν, dire ou parler. La *lex publica* était à l'origine toujours présentée aux comices et votée par eux de vive voix ; et les XII Tables, pour déclarer l'effet obligatoire d'une *lex privata* greffée sur un transfert ou contrat *per aes et libram*, (§ 13), emploie à ce propos, la phrase *uti lingua nuncupassit*, (Festus, v. *Nuncupata*, Bruns, p. 23). [Joignez Mommsen, *loc. cit.*, n. 6 et p. 351 n. 2. Padel. Cogliolo, p. 102, d.].

des différentes *gentes* variaient à l'origine à de certains égards : mais qu'elles allèrent se rapprochant graduellement et, avec le temps, se réunirent en un *jus Quiritium* général (8). Le droit était en majeure partie coutumier : cela est universellement admis. Mais Pomponius parle de certaines lois émanées des comices par curies, qu'il appelle *leges regiæ*. Suivant les meilleures autorités, ce serait une erreur d'attribuer à cette assemblée ces lois dites « lois royales » (9). D'après le témoignage des écrivains anciens, elle avait eu très peu de part dans l'œuvre de la législation. Romulus *jura dedit* de lui-même, — non pas *jura tulit*. Comme le remarque Bernhœft, nous ne trouvons pas un mot indiquant la coopération du peuple, quand Romulus réunit les anciens Romains et les Sabins, quand Numa réglementa le culte, que Tullus Hostilius admit les *gentes* Albaines dans le patriciat et réorganisa l'armée, qu'Ancus Marcius formula le droit fécial, que Tarquin

(8) Sans toutefois éteindre les coutumes particulières. *E. g.* le droit commun donnait à un père, dans une mesure restreinte, la faculté d'abandonner son enfant, tandis que la *gens Fabia* exigeait que ses membres élevassent tous leurs enfants (Denys, IX, 22). « Il ne peut y avoir de communauté sans règles, — lois, au sens le plus large du mot : famille, clan, etc., tous doivent en avoir ; mais même lorsqu'on est parvenu à l'état, la loi de l'état n'écrase pas nécessairement les règles des communautés moindres ». (Becker, *Z. f. vergleich, R. W.*, vol. I, p. 109).

(9) Le traité le plus récent et le plus étendu sur la matière des lois dites Lois Royales, et qui contient les références à la littérature antérieure, est celui de Voigt, *Ueber die Leges Regiæ*, Leipsig, 1876-1877, (extrait des *Travaux* de l'Académie de Saxe). Un recueil de citations de Tite-Live, Denys, Plutarque, Servius, Macrobe, etc., se trouve dans Bruns, p. 1 et sq. Il ne reste rien du *Jus Papirianum*, mentionné par Pomponius ; mais Paul (*Dig.*, 50, 16 fr. 144) indique incidemment qu'il avait été commenté par un certain Granius Flaccus (qui vivait à l'époque de Jules César). Les lois de Romulus de Marliani, dans sa *Topographia urbis Romæ*, liv. II, chap. 8, (Graevii Thes. vol. III, p. 86 et sq.) sont aujourd'hui regardées par tous comme apocryphes. [Padeletti Cogliolo, p. 100, note *b* et sq].

l'Ancien augmenta le Sénat ou quand Servius Tullius créa les centuries. L'essai de Tarquin de doubler la force de chaque centurie de cavalerie dut être abandonné ; mais ce fut parce qu'elle avait été fixée par Romulus *auspicatim ;* sa proposition portait donc atteinte à des arrangements divins ; il triompha de la difficulté en doublant les centuries elles-mêmes. Quand le roi se décidait à consulter les comices, c'était pour des affaires peu importantes et de nature semi-privée, et probablement par des motifs politiques, — la sanction à donner aux testaments, aux adrogations et autres choses semblables (10). Mommsen est sans doute près de la vérité, quand il dépeint les *leges regiæ* comme étant, pour la plupart, des règles du *fas*, présentant de l'intérêt non pas seulement pour les pontifes, mais pour le public, — qu'il lui était important de connaître afin de savoir les risques auxquels on s'exposait en les violant (11). Au lieu de demeurer ensevelies dans les livres des pontifes, à côté des règles plus ésotériques du rituel, etc., elles furent publiées sous une forme ou une autre ; mais est-ce par les rois dont elles portent les noms, ou par les pontifes sous leur direction, — il ne peut y avoir là que matière à conjectures. Ce n'est pas qu'il faille se figurer qu'il n'y eût point de législation en dehors de cela : quelques-unes des lois, qui nous sont rapportées, étaient d'un caractère tout différent. Mais, en somme, il paraît hors de doute que la coutume, plutôt que la loi, fut le facteur important du *jus* dans la période royale.

(10) Bernhöft, *loc. cit.*, p. 116, 117. Voir aussi Karlowa, *Röm. R. G.*, vol. I, p. 52.

(11) Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, vol. II, 1, p. 41. Clark, (*Pract. Jurisprud.*, p. 284) pense que les pontifes « dépositaires de ces coutumes primitives, qui formaient le premier droit romain », rédigèrent « en formes de règles générales, les applications de la coutume et de l'opinion générales, qui avaient besoin d'être déclarées ou munies de sanction pénale ».

Section 8 — Boni Mores.

Élément quelque peu différent du *jus moribus constitutum*, les *boni mores* doivent être mentionnés comme l'un des principes d'ordre public et privé (1). Une partie de ce qui rentrait dans leur sphère aurait aussi pu être expressément réglé par *fas* ou *jus*; mais il y eut aussi bien des choses qui ne pénétrèrent que graduellement dans le domaine de ces derniers : et, même jusqu'à la fin de la république, ce n'était pas peu de chose que ce qui restait uniquement sous la garde du tribunal de famille ou le *regimen morum* du censeur. Leur fonction était double : tantôt leur action restreignait la loi, en condamnant, — sans pouvoir l'empêcher, — l'exercice cruel et inutile d'un droit légal, comme, par exemple, celui du chef de famille sur ceux qui étaient en sa puissance ; tantôt, les *mores* suppléaient à la loi, en exigeant l'observation de devoirs, qui ne pouvaient être sanctionnés par aucune contrainte légale. L'obéissance, le respect, la soumission *(obsequium et reverentia)* que le devoir impose aux inférieurs envers les supérieurs, la chasteté *(pudicitia)* et la fidélité aux engagements exprès ou tacites *(fides)* furent parmi les *officia* introduits ainsi, et dont la négligence ou la violation non seulement affectait la réputation, mais souvent entraînait des punitions et des incapacités sociales, politiques et religieuses (2). Pour augmenter le respect

(1) Voir Voigt, *XII Tafeln*, vol. I, § 15.

(2) La mention constante chez les écrivains, aussi bien que chez les jurisconsultes de profession de l'*infamia*, *ignominia*, *turpitudo*, *improbitas*, etc, comme causes d'incapacité montre quel prix on continue à attacher, en théorie du moins, à l'intégrité du caractère. Même dans le droit de Justinien, nous trouvons l'ingratitude considérée comme autorisant un donateur à révoquer une donation, un patron à ramener en esclavage son affranchi, un père à déshériter son fils, un tribunal à refuser à un héritier l'accès d'une hérédité à lui laissée par testament.

dû à ces vertus, faire de leur observation en quelque manière un devoir religieux, quelques-unes d'entre elles furent divinisées, eurent un temple et un culte. *Fides* fut l'une d'elles (p. 64) (2 *bis*). Il n'y avait aucune des divinités — *numina* — inférieures, qui fût plus révérée des anciens Romains. Que ce fût dans la vie publique ou la vie privée, un engagement était sacré à leurs yeux (3). Une rupture, possible à éviter, était, dit-on, extrêmement rare. Si elle se produisait, le *jus* n'avait point de châtiment. Il pouvait atteindre celui qui s'était engagé *per æs et libram* (§§ 14, 30), ou par une *sponsio* formelle (§ 39) ; mais alors, le fondement de l'action était le *nexum* ou le *sponsio* dont l'engagement était revêtu, non pas l'engagement en lui-même. « Il a consenti, mais n'a point persisté dans son consentement » était une plainte dont les tribunaux civils ordinaires n'avaient point à connaître. Les pontifes s'en occupèrent-ils jamais, regardant cela comme déshonorant pour la *Fides*, c'est ce qui n'apparaît point ; mais c'était une violation des *boni mores* et, comme telle, incontestablement un sujet de censure de la part de ceux qui exerçaient le *regimen morum*, — le roi, sur les citoyens en général, les *gentes*, sur leurs membres, et sans doute les *collegia opificum* sur leurs *sodales*.

(2 *bis*. Sur la Fides, son culte et Hercule, dieu du serment, consultez M. Bréal, *Hercule et Cacus*, Paris, 1863 ; Visconti, *Studii et documenti di storia e diritto*, 1881 ; Geny, *de la fiducie*, Nancy, 1885, p. 16 et sq. ; également Padeletti Cogliolo, p. 549 *a* et aussi p. 561 *a*).

(3) « Populus Romanus... omnium (virtutum) maxime et præcipue Fidem coluit sanctamque habuit tam privatim quam publice ». (Gell. XX, 1, 39). « Fides, *i. e.* dictorum conventorumque constantia et veritas ». (Cic., *De off.*, I, 7, 23). Voir aussi *De off.*, III, 31, 11. Sur l'institution, par Numa, du culte de la Fides, voir, Liv. I, 4 ; Denys, II, 75. Voir aussi *infra*, p. 64.

CHAPITRE TROIS

INSTITUTIONS DU DROIT PRIVÉ.

SECTION 9. — L'ORGANISATION DE LA FAMILLE (1).

En décrivant l'organisation domestique des Romains, il serait pédant de se servir constamment du mot latin *familia*, au lieu du mot « famille » (2). On aurait pourtant des raisons de le faire ; car les idées qu'ils expriment respectivement ne sont en aucune façon identiques. Mari, femme et enfants ne constituaient pas nécessairement une famille indépendante chez les Romains, et ils n'étaient pas non plus nécessairement tous de la même famille. Ceux-là formaient une famille, qui étaient tous soumis au droit ou pouvoir, — à l'origine *manus* (3), mais plus tard *jus*, — du même chef de famille *(paterfamilias)*. Il pouvait avoir sous sa dépendance toute une multitude,

(1) Voir Schupfer, *La Famiglia secondo il diritto Romano*, Padoue, 1876. [Padeletti Cogliolo, p. 159 et sq. Voir App. notes *a* et *b*].

(2) *Familia* et « famille » sont employées dans cette section uniquement pour désigner le groupe des personnes soumises au même *paterfamilias*. Occasionnellement ces expressions signifiaient 1) une *gens* ou groupe de familles *stricto sensu* ; ou 2) le patrimoine propre de la famille, comme dans les dispositions des XII Tables en matière de succession — *adgnatus proximus familiam habeto ;* ou 3) les esclaves de la famille pris collectivement comme dans la locution *familia urbana*, *familia rustica*.

(3) Ce mot *manus* qui, avec le temps, fut employé surtout pour désigner, le pouvoir du mari sur la femme, devenue membre de sa famille, était à l'origine le terme générique pour tous les droits exercés non seulement sur les objets de propriété, mais aussi sur les personnes en puissance. En effet, un esclave affranchi était dit « *manu missus* », et la

— une femme, des fils, des filles, des belles-filles, des petits-fils nés de ses fils, et peut-être des descendants plus éloignés, parents par les mâles; tant qu'ils lui restaient soumis, ils ne composaient qu'une famille, qui ne se divisait qu'à sa mort, ou lorsqu'il perdait le droit de cité. Mais si sa femme n'était point tombée *in manum*, — et c'était un usage assez commun même sous la république, et universel dans les derniers temps de l'empire, — elle ne devenait pas membre de sa famille; elle restait dans la famille où elle était née; ou si le chef de famille était mort, ou qu'elle eût été émancipée, elle était elle-même le seul membre de sa propre famille. Les fils, comme les filles, cessaient, par l'émancipation, d'appartenir à la famille du *paterfamilias* qui les avait émancipés. Les enfants d'une fille ne pouvaient jamais, en aucun cas, être membres de la famille de leur grand-père maternel; car les enfants nés d'un mariage légitime suivaient la famille de leur père, tandis que ceux qui étaient illégitimes, avaient, dès leur naissance, rang de *patresfamilias* et de *matresfamilias*. Il est donc très évident que la *familia* romaine était une association, dont le mot « famille », dans son acception ordinaire, ne donne qu'une traduction imparfaite et inexacte.

même expression était employée à l'occasion pour rendre la condition d'un *filius familias* libéré de la *potestas*, quoique « émancipé » fût le terme ordinaire. [Sur ce sens général du mot *manus*, son étymologie et ses rapports avec le *Mund* ou *Munt (Mundium)* Germanique, voir Padeletti Cogliolo, p. 163 *c*, 220 et 221 *h*; J. Flach, *Les origines de l'ancienne France*, Paris, 1886, p. 49 et sq., p. 60 et s.; Squitti, *res mancipi e nec m.*, Naples, 1885, p. 78; P. Viollet, *Histoire du droit français*, Paris, 1884, 1886, p. 243 et sq., p. 412 et sq.; Carle, pp. 196 et 201; Couhé, *Manus*, Lille, 1888; Gérardin, *La tutelle et la curatelle dans l'ancien droit Romain* (extrait de la Nouvelle revue historique), Paris, 1889, p. 4, et n. 11. C'est bien en harmonie avec l'idée que le droit a été mis à l'origine au service de la force: la *manus*, c'est le pouvoir physique et Pomponius désigne de ce nom l'autorité des rois. L. II, 1, *Dig.*, I, 2. Comp. encore, App., note *e*].

Chez les anciens Romains, comme chez les Hindous et les Grecs, le mariage était un devoir religieux (4), — un devoir dont on était tenu à la fois envers ses ancêtres et envers soi-même. La croyance que le bonheur des morts dans un autre monde dépendait de leur propre sépulture, des prières, fêtes et offrandes renouvelées périodiquement par les descendants pour le repos de leurs âmes, imposait par dessus tout l'obligation de perpétuer sa race et le culte de famille (5). Prendre une femme pour soi revenait à la séparer de la maison paternelle et à faire d'elle la compagne des mystères de sa propre famille. Chez le patricien, tout au moins, cela ne pouvait avoir lieu qu'avec l'approbation divine, constatée par les *auspicia*. Son choix était limité à une femme avec laquelle il eût le *conubium* (επιγαμία) ou droit d'intermariage (6). C'était une matière réglée par l'état, et dans la période royale, les citoyens romains ne pouvaient l'avoir, en dehors de leurs limites, qu'avec les membres des états avec qui ils avaient contracté alliance, et avec lesquels ils étaient unis par le lien de pratiques religieuses communes. Un citoyen patricien

(4) Voir Fustel de Coulanges, *La Cité antique*, p. 41-54.

(5) « Sacra privata perpetua manento. Deorum manium jura sancta sunto, sos (= suos) leto datos divos habento ». (Cic. dans son projet de Code. *De Leg.*, II, 9, 22) « Animas placare paternas » (Ov. *Fast.*, II, 533). Voir aussi Cic., *De leg.*, II, 22, § 55 ; Aug., *de Civ. Dei*, VIII, chap. 26. [Padeletti Cogliolo, p. 166 *o* ; p. 196 *n*].

(6) Ce fut le manque de *conubium* entre le premier établissement de Romulus et les villes et villages voisins qui d'après l'histoire (Liv. I, 9) causa l'enlèvement des Sabines. On rapporte que Romulus sollicita d'abord ce *conubium ;* mais ses ouvertures furent repoussées, avec le conseil d'ouvrir un asile pour les femmes, aussi bien que pour les hommes, comme étant la seule chance de trouver des épouses assorties à ses compagnons. Ce ne fut qu'alors qu'ils recoururent à des procédés violents de fiançailles et de mariage. [Comp. Gaddi, trad. Muirhead, p. 26 n. 48. On s'est demandé si le *conubium* exigeait identité de culte et de croyance, question obscure et sans doute secondaire, parce que les femmes, ne participant point aux sacrifices publics, n'avaient accès qu'au culte privé de leur père, puis de leur mari].

devait donc, pour que son mariage fût compté comme légitime *(justæ nuptiæ)*, épouser ou une patricienne, ou une femme appartenant à une communauté alliée. Dans l'un et l'autre cas, il était essentiel qu'elle ne fût pas du cercle de ses proches [sobrinal circle], c'est-à-dire de ses parents jusqu'au septième degré (7) : ainsi des cousins issus de germains, se trouvant au sixième degré, suivant la computation romaine, ne pouvaient se marier entre eux (8).

La cérémonie elle-même était religieuse, accomplie par les grands-prêtres de l'état, en présence de dix témoins, représentant sans doute les dix curies de la tribu de l'époux, et connue sous le nom de *confarreatio* (9). On peut affirmer, en effet, avec une certitude presque absolue, que ce ne fut qu'après que la loi Canuleïa (309 U. C.) eut rendu légales les unions avec les plébéiens, qu'un patricien consentit à une forme moins sacrée pour parfaire l'union conjugale. Elle avait pour résultat de faire complètement sortir la femme de la famille de son père et de la faire entrer dans celle de son mari : car le mariage avec *confarreatio* entraînait ce qu'on appelait *conventio in manum* : la femme passait dans la « main » ou au pouvoir de son mari (mais toujours en supposant que ce mari

(7) Suivant la phraséologie ancienne, il ne pouvait y avoir mariage entre parents du cercle du *jus osculi*. Sur cette ancienne institution « le droit du baiser », voyez Klenze, *Das Familienrecht der Cognaten und Affinen nach Rom. u. verwandten Rechten* (Berlin, 1828, pp. 16 et sq. [Comp. Gaddi, p. 26, n. 49. Il faut éviter de confondre ce *jus osculi* avec l'*osculum interveniens*, cérémonie de fiançailles, voir sur ce point Giov. Tamassia, *Osculum interveniens*, Turin, 1885 ; Padel. Cogliolo, p. 489, *q*.]

(8) Avec le temps, on se relâcha de cette rigueur, et le mariage finit par être permis même entre cousins germains. Just., *Inst.*, I, 10, 4.

(9) G. I. 112. Voir Rossbach, *Die Römische Ehe*, (Stuttgart, 1853), p. 95 et sq. ; Karlowa, *Die Formen d. Rom. Ehe u. Manus*, (Bonn, 1868), p. 5 et sq. [Padel. Cogliolo, p. 165 *q*].

était lui-même *paterfamilias;* sinon, quoique nominalement dans sa main, elle était alors en réalité soumise, comme lui même, à son chef de famille. Tous les biens qui lui appartenaient en propre, — ce qui ne pouvait arriver que si elle avait été indépendante avant son mariage, — passaient tout naturellement à son mari : si elle n'avait point de biens, son *paterfamilias* lui fournissait une dot *(dos)*, qui suivait le même sort. Tout ce qu'elle acquérait par son travail ou autrement, pendant la durée du mariage, devenait tout naturellement aussi la propriété de son mari. En fait, et au point de vue de ses intérêts pécuniaires, elle était dans une position très semblable à celle de ses enfants : et, à la mort de son mari, elle prenait (nous dit Gaius) part avec eux à son hérédité, comme si elle avait été une de ses filles. Sous d'autres rapports, la *manus* conférait des droits plus limités que la *patria potestas;* on rapporte que Romulus avait décrété que le mari qui répudierait sa femme, sauf au cas d'adultère ou de deux ou trois autres offenses très graves, perdrait sa fortune, donnée moitié à sa femme, moitié à Cérès (10), et que, s'il la vendait, il devait être abandonné aux dieux infernaux (11).

La *patria potestas* était le nom donné au pouvoir exercé par un père, ou par son *paterfamilias,* s'il était lui-même *in postestate*, sur la postérité issue de ces *justæ nuptiæ*. Les jurisconsultes romains se vantaient que personne,

(10) On se demande comment on pourvoyait dans ce cas au sort des enfants.

(11) Plut. *Rom.*, 22, (Bruns, p. 6). Sur le droit primitif du divorce, voir von Wachter, *Ueber Ehescheidungen bei den Romern*, (Stuttgart, 1822), p. 1, sq. ; Berner, *De divortiis apud Romanos*, (Berolini, 1842), p. 1 et sq. ; Schlesinger, *Z. f. R. G.*, vol. VIII, (1867), p. 58, et sq. [Sur la forme du divorce notamment par *diffareatio*, voir Padeletti Cogliolo, p. 168, et sq. Sur la *Sacratio capitis bonorumque* ou la simple *sacratio bonorum*, comp. Gaddi, p. 28, n. 52].

sauf les citoyens romains, ne possédaient ce droit (12), proposition qui n'est pas d'une exactitude rigoureuse, si l'on considère que, dans les premiers temps de l'empire, les municipalités Latines d'Espagne et quelques autres provinces d'Occident, quoique leurs bourgeois ne fussent pas citoyens romains, avaient néanmoins une *manus* et une *patria potestas* modelées sur celles de Rome (13). Mais la *patria potestas* était propre aux Romains en ce sens que, nulle part ailleurs, sauf dans la race Latine, d'où ils étaient sortis, le pouvoir paternel n'avait atteint une pareille intensité. Elle paraît à l'origine avoir donné au père, ou à son *paterfamilias*, s'il était lui-même soumis à la puissance domestique, le droit de décider, — non pas arbitrairement, bien entendu, mais comme juge, — s'il élèverait, ou non, l'enfant que sa femme lui présentait. Mais ce droit, qui lui appartenait fut restreint de très bonne heure; car on assure que Romulus décida : 1° que le père devrait élever tous ses descendants mâles et au moins sa première fille; 2° qu'il ne pourrait mettre à mort un enfant, avant qu'il eût atteint l'âge de trois ans, à moins qu'il ne fût extrêmement difforme, et, dans ce cas, il pouvait l'exposer immédiatement, après l'avoir montré à ses voisins; enfin, 3° s'il transgressait ces ordres, il se voyait confisquer la moitié de sa fortune, et était soumis à d'autres pénalités indéterminées, sans doute religieuses (14). Mais cela ne touchait point à son droit de décider s'il admettrait, ou non, dans sa famille, l'enfant

(12) « Jus proprium civium Romanorum ». (G. I, 55, 189 : Just. *Inst.*, I, 9). [Padeletti Cogliolo, chap. XIV].

(13) *Lex Salpensana*, (temp. Domit.), chap. 22, (Bruns, p. 131) : [entre les années 835 et 837 U. C. Voir Gaddi, *Cronologia delle leggi comiziali Romane*].

(14) Denys d'Halyc., II, 26, 27, (Bruns, p. 7).

dont la vie était assurée (*liberi susceptio*), avec tous les privilèges sociaux et religieux de cette famille : ce ne fut apparemment que dans les premiers temps de l'empire qu'il fut privé de son pouvoir de trancher lui-même la question de légitimité de son enfant (15).

L'omnipotence, en pratique, du *paterfamilias*, et la condition de dépendance entière de ses enfants *in potestate* à son égard, subit, dans le cours des siècles, de grandes modifications ; mais, à l'origine, ces derniers, tout en vivant dans la vie publique sur un pied d'égalité avec le chef de famille, lui restaient, dans la vie privée, et aussi longtemps que durait la *potestas*, subordonnés, au point d'être, suivant la lettre de la loi, dans ses mains, à peu de chose près, comme ses esclaves. Ils ne pouvaient rien avoir en propre, — tout ce qu'ils acquéraient était à lui ; et, quoique ce fût une habitude très répandue de leur donner, quand ils étaient arrivés à l'âge adulte, des *peculia* « un troupeau à eux », à faire valoir à leur propre profit, tout cela n'était à eux que *de facto* et lui appartenait à lui *de jure*. Les offenses commises par eux en dehors du cercle de la famille, pour lesquelles il n'était pas disposé à fournir réparation, l'obligeaient à les livrer à la victime du délit, exactement comme des esclaves ou des animaux ayant causé un dommage (15 *bis*). Si son droit sur eux était contesté, il se servait, pour les revendiquer, de la même action qu'il employait pour affirmer sa propriété

(15) Voir Voigt, *Leges Regiæ*, (*op. cit.*, § 7, note 9), p. 24, note. [Comp. Labbé, *Du mariage romain et de la manus*, Nouvelle Revue hist., 1887, p. 8, sq].

[15 *bis*. Sur la théorie des pécules, voir Padel. Cogliolo, p. 174 c, 180 *n*, 187 *i*. Sur l'abandon noxal, le même, p. 183 *d*, 283 *b* ; Girard, *Des actions noxales*, Nouvelle Revue hist., 1887, p. 411 et sq., 1888, p. 31 et sq].

sur son champ et sa maison (15 *ter*) : s'ils lui étaient volés, il exerçait contre le voleur l'action ordinaire de vol ; si, pour une raison quelconque, il avait à les transférer à un tiers, c'était par le même mode de transfert dont il se servait pour transmettre des choses inanimées. Et ce n'était pas tout, car, suivant la vieille formule prononcée dans cette sorte d'adoption connue sous le nom d'adrogation (16) il avait sur eux le pouvoir de vie et de mort, *jus vitæ necisque*. Ce pouvoir, comme il a été déjà indiqué, était soumis à certaines restrictions pendant l'enfance (17) ; mais quand le jeune homme avait grandi, son père pouvait, dans l'exercice de la juridiction domestique, frapper sa mauvaise conduite, non seulement dans la vie privée, mais dans la vie publique, de tels châtiments qu'il jugeait à propos d'infliger, même le bannissement, l'esclavage ou la mort (18).

Il pouvait arriver qu'un mariage fût stérile, ou qu'un homme vît tous ses fils le précéder au tombeau, et que le *paterfamilias* eût ainsi à envisager la perspective de voir sa famille s'éteindre et de descendre lui-même dans la tombe, sans postérité pour le rendre heureux. Pour parer à une infortune aussi cruelle, une alternative s'ouvrait à lui, — ou bien se donner en adoption et passer dans une autre famille, ou adopter quelqu'un comme fils, afin de perpétuer la sienne propre. Le dernier parti était celui qui

[15 *ter*. Cette assimilation entre le fils et les objets de propriété n'a rien de surprenant, s'il est vrai qu'à l'origine le même pouvoir, *manus*, s'appliquait à tous les genres de puissance. Voir p. 26, n. 3 et App., note *e*.]

(16) A. Gell., V, 18, 9.

(17) Au sens romain, non pas moderne [anglais] du mot.

(18) Une loi attribuée à Numa défendait au père de vendre le fils à qui il avait permis de se marier. (Denys d'Halyc., II, 20, Bruns, p. 9).

était ordinairement suivi (18 *bis*). Si l'on adoptait un *paterfamilias*, cela s'appelait adrogation (*adrogatio*) ; si l'adopté était un *filius familias*, c'était simplement *adoptio*. Cette dernière, probablement inconnue aux premiers temps de l'époque royale, était une cession quelque peu compliquée d'un fils, par son père naturel, à l'adoptant, en exprimant le but que l'on se proposait par là ; son effet était simplement de transférer l'enfant d'une famille dans l'autre. Mais l'adrogation était bien plus sérieuse ; elle entraînait l'extinction d'une famille (19), pour en perpétuer une autre. C'était, par conséquent, une affaire d'état. Elle devait être approuvée par les pontifes, qui avaient sans doute à s'assurer qu'il existait assez de frères de l'adrogé, pour prendre soin des intérêts des ancêtres au culte desquels il renonçait ; et, sur leur rapport favorable, elle devait être sanctionnée par le vote des comices par curies ; puisqu'elle pouvait avoir cette conséquence de priver sa *gens* de son droit de succession à son égard. Si

[18 *bis*. L'adoption est le moyen employé par les législations grecque et surtout romaine pour assurer la perpétuité de la famille et des *sacra*. D'autres législations antiques emploient cette institution, que l'on peut désigner du nom générique de *lévirat*, et qui est pratiquée par un membre de la famille ou même un étranger, à la mort du mari ou même de son vivant. Cette institution laisse des traces à une époque où l'on connait déjà l'adoption : c'est, semble-t-il, la façon d'expliquer la législation sur la fille *épiclère* d'Athènes et de Sparte, la fille *patroïoque* de la loi de Gortyne. Voir Fustel de Coulanges, *Cité Ant.*, ch. VII, 2° ; Claudio Jannet, *Le droit civil à Sparte*, ch. IV, 2 et 3 ; Caillemer, *Le droit de succession légitime à Athènes*, p. 36 et sq. surtout p. 44 et sq. ; Gide, *Condition de la femme*, 2e édition, Paris, 1885, p. 50 et sq., p. 57 et 78 ; Dareste, *Anciens codes Brahmaniques*, *Code Rabbinique* ; J. des Savants, 1884, p. 48 et 308) ; Dareste, *Loi de Gortyne*, Nouv. Rev. hist., 1886, p. 258, n. 26 et 263 et sq ; Dareste à propos de l'ouvrage de Kovalewsky, *Coutume contemporaine et loi primitive*, J. des Savants, 1887, p. 285 ; Letourneau, *Evolution de la famille et du mariage*, Paris, 1888, p. 327 et sq].

(19) Le *paterfamilias*, qui n'avait personne en sa puissance, constituait une « famille » à lui tout seul.

elle était sanctionnée, alors l'*adrogatus*, de chef de famille qu'il était lui-même, tombait dans la situation de *filius-familias* dans la maison de son père adoptif : s'il avait eu une femme ou des enfants en sa puissance, ils passaient avec lui dans sa nouvelle famille : et il en était de même de tout ce qui lui appartenait et était susceptible de se transmettre d'une personne à une autre. Le père adoptif acquérait la *potestas* et le pouvoir de vie et de mort sur l'enfant adopté, exactement comme s'il eût été issu de son sang ; et, de son côté, l'adopté jouissait dans sa nouvelle famille exactement des mêmes droits qu'il y aurait eus, s'il y était né.

La *manus* et la *patria potestas* représentent les aspects dominateurs de l'intérieur patricien (19 *bis*). Les relations conjugales et paternelles, quoique moins en relief dans les écrits des jurisconsultes, ne doivent pourtant pas être perdues de vue. La famille romaine, dans l'histoire primitive du droit, était gouvernée autant par *fas* que par *jus*. C'était une association sanctionnée par la religion, cimentée non pas simplement par la force, mais par l'affection conjugale, la tendresse paternelle, le respect filial (20).

[19 *bis*. C. à. d., les aspects où le *paterfamilias* se présente comme propriétaire et maître.]

(20) « Matrem et patrem... venerari oportet » (Ulp., Dig., XXXVII, 15 fr. 1, § 2). « Patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere » (Hadr. Dig. XLVIII, 9, fr. 5). Cicéron (*Cato Maj.*, 11, 37), parlant d'App. Claudius Caecus, dépeint ainsi l'ancien *régime* de la famille : « Quattuor robustos filios, quinque filias, tantam domum, tantas clientelas Appius regebat et cæcus et senex... Tenebat non modo auctoritatem, sed etiam imperium in suos ; metuebant servi, verebantur liberi, carum omnes habebant : vigebat in illa domo mos patrius et disciplina ». Denis, dans son *Histoire des idées morales dans l'antiquité* (vol. II, p. 112) dit : « Au lieu de ce pouvoir terrible (la *patria potestas*), dont les historiens du droit romain parlent tant, nous ne voyons plutôt dans les écrivains des premiers temps de l'empire, que les devoirs sacrés du père et la mère... Je pourrais citer dans Quintilien, Pline, Tacite, Juvénal, les passages les plus beaux sur la nécessité et l'impor-

Le but du mariage était d'élever des enfants, qui pussent perpétuer la maison et les *sacra* de la famille. En entrant dans l'alliance conjugale, la femme renonçait à ses droits et privilèges comme membre de la famille de son père ; mais c'était pour devenir la compagne de son mari pour toute la vie, être associée avec lui à tous ses intérêts de famille, religieux et civils (21). Le mari était prêtre dans la famille ; mais sa femme et de même, ses enfants, l'assistaient dans ses prières et prenaient part aux sacrifices aux lares et pénates. Le Grec appelait sa femme la maîtresse de la maison, δέσποινα et de même le Romain parlait de la sienne en la désignant sous le nom de *mater familias*, mère de la famille (22). Elle était traitée à l'égal de l'époux. Quant à leurs enfants, la *potestas* était si bien tempérée par le sentiment naturel du devoir paternel d'un côté, de l'autre, par l'affection filiale, que, dans la vie journalière, elle paraissait rarement pénible à supporter. D'autre part, ils étaient protégés contre le risque d'un

tance de l'éducation dans la famille, l'inconvénient et l'erreur qu'il y a à confier les enfants à des esclaves, le respect dû à leur innocence et et à leur jeunesse, la tendresse qu'on devrait déployer envers eux, et qui fait prohiber l'usage du fouet pour les élever comme s'ils étaient des animaux qu'on dresse ». [Comp. Gide, *Condition de la femme*, p. 98, et sq. Lemonnier, *Condition privée des affranchis*. Paris, 1887, *passim*, notamment p. VII. Mais voy. Lacombe, la *Famille dans la Société romaine*, Paris 1889, p. 174 et sq.]

(21) Denys d'Halyc. (II, 25) dit que cela avait été ainsi déclaré expressément par Romulus. L'ancienne idée subsista dans le droit impérial, où, techniquement par la désuétude de la *conventio in manum*, le mari et la femme n'étaient plus membres de la même famille : comme, par exemple, dans les paroles de l'empereur Gordien (*Cod. Just.*, IX, 32, 4) « uxor, quæ socia rei humanæ atque divinæ domus suscipitur ». Voir aussi Modest. au *Dig.*, XXIII, 2, fr. 1.

(22) *Materfamilias* est employée dans les textes dans deux sens différents, 1) une femme *sui juris*, c'est-à-dire non soumise à un chef de famille, et 2) une femme *in manu mariti*. [Comp. cependant Labbé, *Du mariage romain et de la manus*. Nouv. Rev. hist. 1887, p. 16.]

exercice arbitraire de la juridiction domestique (23) dans le feu de la passion ou sous l'impulsion d'un ressentiment légitime, par la règle qui ordonnait au *paterfamilias* de consulter d'abord les proches parents de l'enfant, maternels aussi bien que paternels. Même l'incapacité des membres de la famille en puissance d'être eux-mêmes propriétaires, ne peut point, dans ces temps, être regardée comme une privation sérieuse ; car bien que le titre juridique de toutes leurs acquisitions résidât sur la tête du père de famille, dans la réalité, ces acquisitions étaient faites pour le compte de la famille dans son ensemble, et lui appartenaient ainsi ; le père de famille n'était qu'un administrateur chargé de garder et de gérer les biens pour le profit commun (24). Il était tenu d'une façon toute particulière de conserver à ses enfants les biens qui lui étaient advenus, par descendance, de sa famille, les *bona paterna avitaque ;* toute dissipation qu'il en faisait à leur préjudice les autorisait à le faire priver de son administration (25).

En Grèce, la *patria potestas* n'atteignit jamais les proportions qu'elle eut à Rome, et elle cessait, *de facto* du

(23) Sénèque traite le *paterfamilias* de *judex domesticus* (*Controv.* II, 3) et de *domesticus magistratus* (*De benef.* III, 11) [Sur le *consilium propinquorum et amicorum* voir Gide *condition de la femme*, p. 116 et sq. ; Esmein, *le délit d'adultère à Rome*, Mélanges, Paris 1886, p. 76 ; Padel. Cogliolo, p. 186, 3 ; P. Lacombe, *la famille dans la société romaine*, Paris, 1889, pp. 364, 365.]

(24) Sous la constitution de *Servius*, l'évaluation de la propriété d'une personne était en réalité l'évaluation de la propriété de la famille : — elle servait à déterminer les droits et devoirs politiques et militaires pour ses *filiifamilias*, aussi bien que pour lui-même. Voy. Paul. Diac. V. *Duicensus* (Bruns, p. 266).

(25) Paul *Sent.* III, 4a, 7. Il n'y a guère de doute que, dans la Rome royale, l'interdiction d'un patricien émanait de sa *gens*, qui avait la garde de ses enfants et était, à leur défaut, son héritière. Les Grecs montrèrent la même sollicitude pour la conservation des πατρῷα.

moins quand le fils était arrivé à l'âge d'homme, avait créé lui-même une famille. Mais, à Rome, à moins que le *paterfamilias* n'y mît volontairement fin, elle durait aussi longtemps qu'il vivait et gardait sa condition (*status*). Le mariage du fils, à la différence de celui de la fille passant au pouvoir de son mari, ne le libérait pas de la puissance paternelle, et ses enfants ne lui étaient pas soumis, aussi longtemps qu'il était lui-même *in potestate* (25 *bis*). Au contraire, sa femme passait par son mariage en puissance de son beau-père, et leurs enfants, dès leur naissance, tombaient sous le pouvoir de leur grand-père paternel ; celui-ci pouvait exercer sur sa bru et sur ses petits enfants les mêmes droits qu'il avait sur ses fils et ses filles non mariées. Mais il y avait cette différence, — qu'à la mort du *paterfamilias* ses fils et ses filles restés en puissance, ainsi que ses petits enfants d'un fils prédécédé, devenaient immédiatement leurs propres maîtres (*sui juris*), tandis que les petits enfants d'un fils survivant passaient simplement de la *potestas* de leur grand père dans celle de leur père.

L'acquisition de l'indépendance domestique, par la mort du chef de famille, entraînait souvent la substitution de la garde de tuteurs (*tutela*) à la *potestas* qui avait pris fin. Il en était invariablement ainsi dans le cas de femmes *sui juris*, de n'importe quel âge ; elles restaient en tutelle, jusqu'au jour où elles passaient par mariage *in manum mariti* (26). Pour les hommes, il n'y

(25 *bis*) « Fils de père vivant » dit le Senchus Mor. D'Arbois de Jubainville, *la puissance paternelle sur le fils en droit irlandais*, Rev. Celtique 1886, p. 91].

(26) Gaïus (I, 190) fait l'extraordinaire déclaration qu'il n'était pas aisé d'assigner une raison satisfaisante à la tutelle perpétuelle des femmes *sui juris*. Il n'y a pas de doute qu'à son époque la sévérité n'en ait été beaucoup relachée ; mais la raison évidente à l'origine était de mettre

avait que les impubères qui eussent besoin de tuteurs, dont l'office cessait quand ils atteignaient la puberté. C'est un point douteux que de savoir si, pendant la période royale, la pratique connaissait une désignation testamentaire de tuteurs par un mari pour sa femme, ou un père pour ses enfants : — il est probable que non. S'il en est ainsi, cet office revenait à la *gens* à laquelle appartenait le *paterfamilias* défunt ; et il est raisonnable d'admettre qu'elle en déléguait les devoirs à l'un de ses membres en particulier et, gardant elle-même sa capacité collective, retenait un droit de surveillance.

On a déjà fait allusion (§ 3) à la position des clients attachés à une famille. Les seules personnes en faisant partie qui n'aient point été mentionnées, sont ses esclaves. Dans la période royale, ils étaient socialement plus intimement unis à la famille que dans les siècles postérieurs ; peu nombreux, ils s'asseyaient à la table de leurs maîtres et étaient traités avec la considération qu'ils méritaient en leur qualité d'êtres humains raisonnables, plutôt que comme de simples meubles, qu'ils étaient au point de vue légal. L'existence de l'esclavage et son extension énorme dans la seconde moitié de la république, non seulement produisirent leur effet sur les institutions sociales et politiques de Rome, mais exercèrent une influence très considérable sur la nature de bien des parties du droit privé. Mais cela pourra mieux être indiqué, en traitant des périodes postérieures à la période royale.

hors de leur pouvoir la faculté de disposer d'aucune partie du patrimoine familial, au préjudice de la *gens*, sans son consentement (voir p. 57). [Il est tout naturel que l'expectative de la succession et la tutelle marchent de front ; lorsque la tutelle, changeant de caractère, fut considérée comme une charge, cette idée se modifia et se traduisit par l'adage « ubi emolumentum successionis, ibi et onus tutelæ ». Comp. pour le droit irlandais, Dareste. J. des Savants, 1887, p. 487].

Les observations précédentes sur l'organisation primitive de la famille se rapportent, pour la plus grande partie, à l'état de choses tel qu'il existait chez les patriciens. Dans les débats, qui eurent lieu, sur la proposition de C. Canuleius, pour abroger la déclaration des XII Tables que le mariage entre les deux ordres était contraire à la loi, les orateurs patriciens insistèrent, dans le langage du plus souverain mépris sur ce point que la pratique des plébéiens ne connaissait rien du mariage ; que leurs unions entre eux n'étaient que promiscuité — comme celle des animaux des champs, et qu'il ne leur était pas possible de produire aucun des droits résultant des *justæ nuptiæ* (27). Le préjugé de caste chargeait le dessin et la couleur du tableau ; les plébéiens, à la vérité, étaient étrangers au mariage religieux *confarreatione*, et ce ne peut avoir été qu'après les réformes de Servius que le mariage civil, réalisé *coemptione*, leur devînt familier (28) ; toutefois, ils avaient entre eux des alliances, formées par l'échange des consentements, sans doute accompagnées de pratiques sociales coutumières et qu'ils regardaient comme des mariages. Aux yeux de la loi, il est vrai, elles ne produisaient ni *manus* ni *potestas;* elles ne faisaient pas non plus entrer la femme dans la famille de son mari. Bien plus, comme le plébéien n'était pas estimé au rang de citoyen, et qu'il ne pouvait, par conséquent, pas avoir le *conubium*, dans le sens de droit de contracter un mariage légitime (29), ses enfants étaient illégitimes au regard des patriciens, — non pas tant ses enfants à lui, que de leur mère (30). C'est

(27) Liv. IV, 2.

(28) Sur la *coemptio*, voir § 14. [Sur les contradictions et les impossibilités juridiques, où on aboutirait, en prenant à la lettre les paroles des patriciens, voir Gaddi, *Muirhead*, n. 78].

(29) « Uxoris jure ducendæ facultas » (Ulp. V, 3).

(30) G. I, 67 ; Ulp. V, 8. [Bernhœft *Zur Geschichte d. europ. Familien R. Z. f. V. R. W.* 1888, p. 10].

en cela qu'on peut découvrir l'origine du *matrimonium* distingué des *justæ nuptiæ*, — l'alliance avec une femme, en vertu de laquelle elle devient mère de vos enfants, mais qui ne faisait pas d'elle, — toujours au point de vue patricien, — « une associée de tous les intérêts de la maison, humains et divins » (31). Avec les différences de races, et le fait que les traditions de certains d'entre eux, par exemple des Etrusques, étaient plus ou moins imprégnées de notions gynéocratiques (32), il se peut fort bien que les coutumes et institutions domestiques des plébéiens aient varié ; mais comme ils étaient en majorité d'origine latine, il est raisonnable de supposer que *de facto*, ils regardaient leurs enfants comme *in patria potestate* (33), et revendiquaient à ce titre, les mêmes prérogatives que leurs supérieurs patriciens. Ils se trouvaient cependant, comparativement à ces derniers, dans une situation désavantageuse, en ce qu'ils n'avaient point de *gentes*, pour tenir avec eux dans les circonstances critiques, venger leurs injures et leur mort, et prendre la garde de leurs veuves et de leurs orphelins. Pour compenser cet inconvénient, ils semblent avoir fait plus de cas que les patriciens du cercle de leurs parents par le sang et le mariage (*cognati et adfines*). Il est remarquable que, en dépit de la préémi-

(31) Cela rend compte aussi de l'explication insoutenable grammaticalement de *patricii*, dans Tite Live, X, 8, 10, « Qui patrem ciere possunt », *i, e*, les patriciens étaient les fils d'un père, tandis que les plébéiens, avant d'avoir été admis à la cité et au *conubium*, étaient comptés seulement comme fils de leur mère.

(32) Bachofen, *Das Mutterecht*, Stuttgart 1861, p. 92.

(33) Leur reconnaissance de la *manus* peut n'avoir pas été aussi générale. Tout en déclarant qu'elle serait le résultat légal d'un an de cohabitation matrimoniale, les XII Tables réservaient à la femme et à sa famille le pouvoir de l'empêcher : cela n'aurait guère pu être le cas si quelques-uns, au moins, des plébéiens n'avaient eu une préférence pour le mariage sans *manus*.

nence donnée aux agnats par les XII Tables en matière de tutelle et de succession (§§ 28, 32) la loi réservait aux cognats, distingués des agnats, certains droits et devoirs qui, dans la Rome patricienne, doivent avoir appartenu à la *gens*; par exemple, le rôle d'assesseurs dans le *concilium domesticum*, le devoir de poursuivre le meurtre, — à l'origine, de venger la mort, — d'un parent, et le droit d'appeler d'une sentence capitale prononcée contre ce dernier (34). Cela ne peut s'être produit que parce que, dans les temps anciens, alors que l'agnation, distinguée de la *gens*, était inconnue, c'était un usage plébéien de confier ces droits et devoirs au cercle des *sobrini* cognats (*sobrinal circle of cognates*) (35).

Section 10. — Distribution des Terres et Droit de Propriété (1).

La distribution des terres entre les anciens Romains est un des problèmes embarrassants de leur histoire. La constitution de Servius classait les citoyens et déterminait leurs privilèges, devoirs et charges, d'après l'étendue de leurs propriétés foncières : et pourtant, nous ne savons.

(34) Voir Klenze, (*op. cit.*, note 7), pp. 43, 46 et passim.

(35) Voir Appendice, note A.

(1) Giraud *Recherches sur le droit de propriété chez les Romains*, Aix, 1838 (premier vol. seul publié) ; Macé, *Histoire de la propriété du domaine public et des lois agraires chez les Romains*. Paris 1851 ; Hildebrand, *De antiquissimæ agris romanis distributionis fide*, Iéna 1862 ; Voigt, Ueber die *bina jugera* d. æltesten Rom. Agrarverfassung, dans le *Rhein, Mus, f. Phil.* vol XXIV (1869), p. 52 sq ; dont les opinions sont quelque peu modifiées dans ses *XII Tafeln*. vol. I, § 102 ; Karlowa, *Röm. R. G.* vol. I, § 15. [L'ouvrage de W. Lloyd Birbeck *Historical sketch of the distribution of land in England*, Londres 1885, permet de faire des rapprochements avec les institutions Anglo-Saxonnes. Voir aussi Garsonnet *locations perpétuelles*, liv. I, liv. II, ch. I ; Padeletti Cogliolo, ch. XVIII, App. note d.]

avec certitude, que très peu de chose de la façon dont ces propriétés étaient acquises.

L'histoire dit que Romulus partagea le petit territoire de son établissement primitif en trois parts, non point forcément d'égales dimensions : l'une fut destinée à l'entretien de l'état, de ses institutions, civiles et religieuses ; la seconde (*ager publicus*) à l'usage des citoyens et au profit de l'état, et la troisième (*ager privatus*) au partage entre ses compagnons. Varron et Pline rapportent qu'il assigna à chacun d'eux un bien patrimonial (*heredium*) (*homestead*) de deux *jugera*, environ un arpent et quart, à occuper pour lui et ses héritiers (*quæ heredem sequerentur*). Pline ajoute qu'aucun d'eux ne reçut davantage du roi. On conteste la vraisemblance de cette déclaration pour deux motifs, — d'abord une pièce de terre si minime était complètement insuffisante pour pourvoir aux besoins d'une famille, ensuite on a la preuve d'ailleurs que l'habitude était d'assigner des terres, non pas à un individu ou à une famille, mais à une *gens* (3). Mais il ne faut pas perdre de vue qu'on parle de cette distribution comme faite dans les tout premiers jours de Rome, à une poignée d'aventuriers, noyau des futures *gentes*, mais encore sans liens de famille ; dont les occupations de pâtres se poursuivaient sur les collines ouvertes à chacun, et pour qui un arpent et quart offrait un large espace pour leur demeure à eux, l'abri de leur troupeau, et un terrain de culture pour leurs besoins personnels (3 *bis*).

Il n'est néanmoins pas nécessaire de supposer, et aussi bien les expressions de Pline ne l'impliquent-elles point,

(2) Varron, *De R. R*, X, 2 (Bruns, p. 309), Pline *H N* XVIII, 2, 7.

(3) Mommsen *Hist.*, vol. I, p. 194 sq. [Droit public, t. VI, p. 24, *sq.*]

[3 *bis*. Cogliolo développe la même idée, Padel-Cogliolo, p. 217, sq, notamment p. 220, n. g.]

que cette première distribution fut définitive. Les Sabins et les autres, qui, de temps en temps, unissaient leur sort à celui du nouvel établissement, reconnaissaient des droits de propriété, soit à la *gens* soit à la famille ; — c'est des premiers, nous dit-on, que vint le culte de Terminus et l'idée de la sainteté des limites ; beaucoup d'entre eux, quand ils contractèrent union avec les compagnons de Romulus, devaient avoir leurs terres et possessions propres, qui peut-être étaient descendues jusqu'à eux à travers bien des générations. Il serait déraisonnable de supposer que, rejoignant Rome, comme certains d'entre eux le firent, plutôt en égaux qu'en vaincus, ils se plurent à renoncer à leurs possessions héréditaires, pour obtenir en échange un équivalent de si peu d'importance. La majorité des tribus locales de Servius portaient les noms de *gentes* patriciennes bien connues ; d'où l'on peut conclure que les familles des divers clans ne se dispersèrent pas, mais restèrent établies à côté l'une de l'autre, soit dans les localités originaires, soit sur des terres qui leur avaient été nouvellement assignées. Ce point de vue est confirmé par le fait mentionné par Tite-Live que, lorsque Appius Claudius et ses compagnons vinrent à Rome, ils furent dirigés en corps vers un district nord de l'Anio, lequel fut, plus tard, connu sous le nom de *tribus Claudia* (3 *ter*).

Il est infiniment probable qu'à mesure que les familles du temps de Romulus qui survivaient se développaient en *gentes*, elles acquéraient des propriétés gentiliciennes, proportionnées à leur force numérique et à leurs espérances. Pour le partage de ces biens, la pratique peut n'avoir pas été uniforme ; mais apparemment, il y avait une réserve retenue, aussi longtemps que possible, aux mains

[3 *ter*. Comp. G. Bloch, *Sénat Romain*, p. 229 et *sq*.]

de la *gens* comme corporation, et de laquelle on faisait, de temps en temps, des distributions aux nouvelles familles, qui en étaient les parties constituantes, à mesure qu'elles surgissaient : elles l'occupaient à titre de propriété indépendante, sous le vieux nom d'*heredia*. Comme l'agriculture gagnait du terrain, ces parts doivent avoir été plus étendues que celles qui avaient été concédées à l'origine par Romulus. Sept *jugera* environ 4 arpents 1/2, paraissent avoir été l'étendue normale des concessions royales aux plébéiens, et il n'est pas vraisemblable qu'une propriété patricienne ait été moindre ; il est probable qu'elle était d'ordinaire plus grande, si l'on considère que le minimum, pour faire partie de la troisième classe Servienne était dix *jugera*, et, pour la première, vingt (4). Pour mettre le patricien en état de faire des concessions sous son bon plaisir à ses clients, il fallait qu'il en eût plus de sept. Mais il ne tenait pas forcément toutes ses terres en vertu d'assignation gratuite de la part de l'état ou de sa *gens* ; la vente par l'état n'était en aucune façon chose rare : et ce pouvait être sur ses terres achetées, en dehors de son *heredium* propre, qu'il employait d'ordinaire ses clients. Ces subordonnés étaient aussi employés en grand nombre sur les parties de *l'ager publicus*, occupées par les patriciens sous le nom de *possessiones*. C'étaient ces *possessiones*, non pas leurs *heredia* qui formè-

(4) En même temps, ce fait que les écrivains de l'empire se réfèrent fréquemment à l'*heredium* primitif de sept *jugera* comme ayant été amplement suffisant à son propriétaire frugal, qui se trouvait content de le labourer, avec l'aide de ses fils. Le cas de Cincinnatus en 293 U. C. est souvent mentionné. Il avait une propriété d'exactement cette étendue ; il dut vendre trois jugera pour remplir des engagements dont il s'estimait tenu d'honneur, et néanmoins trouva les quatre restants amplement suffisants pour s'entretenir dans toute la dignité d'un homme qui avait été consul, et devint dictateur.

rent l'abondante source de la richesse des patriciens aux premiers temps de la république, et qui furent une cause si féconde de discorde entre les deux ordres. Mais comme leur accaparement par les patriciens ne commença à se manifester d'une façon ostensible ou à être péniblement ressentie qu'après la période royale, de plus amples renseignements sur ce point peuvent être réservés pour une section subséquente (§ 19).

Les récits des distributions primitives de terres entre les plébéiens sont encore plus incertains que ceux que nous possédons sur les distributions entre patriciens. Les plébéiens étaient certainement devenus en grand nombre propriétaires fonciers avant les réformes de Servius. Mais ils n'avaient sans doute atteint cette situation que par degrés successifs. Il y a des indices que les premières concessions des rois ne furent faites que sous leur bon plaisir, révocables à leur gré ; mais plus tard, à mesure qu'ils croissaient en nombre et en importance, ils obtinrent des concessions d'*heredia*, dont l'étendue variait de deux à sept *jugera*. On peut considérer comme admis que ceux, qui en avaient les moyens, acquéraient fréquemment aussi des terres, en les achetant de l'état. En fait, il y a de bonnes raisons de croire qu'à l'époque de Servius les plébéiens étaient aussi capables de tenir des terres à titre de propriété privée que les patriciens, quoique les phases par lesquelles il atteignirent l'égalité sur ce point, soient incertaines et difficiles à suivre.

Le langage de Varron à propos des *heredia* — deux jugères qui devaient suivre l'héritier *quæ heredem sequerentur*, — est quelquefois interprèté comme impliquant que ceux au moins, qui étaient acquis par concession gratuite de l'état, étaient déclarés inaliénables (5). Une

(5) Schwegler (vol. II, p. 444 *sq*) et Rudorff (*Gromatische Institutio-*

telle interprétation n'est pas inadmissible : car la loi *Sempronia* de 621 déclare expressément inaliénables les lots de trente jugères qu'elle autorisait à distribuer (6). Il est très probable qu'on ne songea jamais à la vente de ces biens : ils étaient assignés à des familles, plutôt qu'à des individus, et l'on a déjà observé (p. 41) qu'il n'était point permis d'aliéner témérairement les biens qui vous étaient venus de vos ancêtres et devaient descendre à vos enfants. En même temps, cette interprétation paraît quelque peu exagérée. Un don au concessionnaire originaire et à ses héritiers, voilà tout ce qu'expriment proprement ces mots, par opposition à une concession plus limitée faite, soit sous le bon plaisir du concédant, soit à vie. C'était une concession conférant la propriété absolue, — qui prit le nom de *dominium ex jure Quiritium*. Cette dénomination ne fut point appliquée dès le début : car le mot *dominium* n'était pas primitivement usité : le propriétaire était à l'origine désigné sous le nom de *herus* (7) et

nen, Berlin 1852, p. 303) sont de cet avis, et se basent dans une certaine mesure, sur la considération que jusqu'à l'époque de Servius, il n'y avait point de procédé pour aliéner les fonds de terre. Mais c'est une pure supposition. Il est possible qu'il y ait eu quelque chose d'analogue à la *resignatio in favorem* du droit féodal, — résignation entre les mains du roi en vue d'une re-concession au profit de l'acquéreur. On peut même avoir déjà pratiqué l'abandon devant le tribunal (*in jure cessio*) qui, nous rapporte-t-on, fut confirmée par les XII Tables, et qui est exposée § 30. [Cette discussion touche à la question de l'antériorité respective de la *mancipatio* et de l'*in jure cessio*. Garsonnet, *local. perp.* p. 71, exprime l'opinion vraisemblable et très reçue que l'*in jure cessio* ne fut qu'un détour imaginé après coup ; comp. d'Aguanno *sulla ricerca genetica del dir. di prop.* Arch. Giur. 1888, p. 227 ; et Krueger, qui affirme l'antériorité de l'*in jure cessio* sur la *mancipatio* proprement dite, mais soutient non moins énergiquement que le procédé primitif fut le *nexum*, l'acte *per aes et libram* (*Geschichte der capitis deminutio*, p. 118, 124, 145 *sq.* Comp. Carle, diritto romano, p. 477, 493. Gérardin, *La tutelle et la curatelle*, p. 9, note 43 ; App. note d].

(6) La restriction toutefois fut trouvée impraticable et dut être levée.

(7) Le mot est commun dans Plaute pour designer la forme dans

son droit, sous celui de *manus* (8). La qualification *ex jure Quiritium* était dérivée des paroles sacramentelles employées dans l'action en revendication d'un droit de propriété : la condition nécessaire au revendiquant pour obtenir la protection de l'état, par l'intermédiaire de ses tribunaux ordinaires, était en effet de tenir à un titre que l'état *i. e.* les Quirites regardaient comme suffisant.

On dit parfois que le droit de l'époque royale antérieure au règne de Servius Tullius ne connaissait pas la propriété des meubles. La proposition est surprenante. Comment se pourrait-il que des hommes, ayant des propriétés immobilières séparées, fussent indifférents à la distinction entre le mien et le tien pour les autres choses ! Il serait inconcevable que les esclaves d'un Romain, son gros et petit bétail, sa charrue et les autres instruments d'agriculture ou servant à son métier, les récoltes que sa ferme produisait et les marchandises que son industrie fabriquait, ne fussent pas aussi bien siens à ses yeux, *de facto* tout au moins que les terres qu'il labourait ou la maison qu'il occupait. La proposition est soutenue à l'aide d'un passage de Gaïus, dans lequel, à propos de la distinction qui s'éleva dans les derniers temps de la république, entre la propriété quiritaire et la tenure inférieure qu'il désigne par la locution *in bonis habere* (9), il déclare qu'autrefois

laquelle l'esclave s'adresse à son maître; il se rencontre dans la loi Aquilia de 467. U. C. (*Dig.*, IX, 2 fr. 11, § 6) dans le sens de propriétaire (*dominus*). Paul Diac. v. *Heres* (Bruns, p. 269) et Justinien (*Inst.* II, 19, 7) déclarent que, chez les anciens, *heres* avait la même signification. Corssen (*Beitrage*, p. 40) les rattache au sanscrit *har*, prendre. [Comp. Padeletto-Cogliolo, p. 196, n.].

(8) Comme le montrent le *manum conserere*, § 34, de *l'actio sacramenti in rem* et les autres considérations mentionnées, § 13. [Comp. p. 26, n. 3.].

(9) La règle *du jus civile* était que la propriété de ce qu'on appelait *res mancipi* ne pouvait se transférer d'une manière complète ou quiri-

(olim) il en était différemment : — ou bien on était propriétaire *ex jure Quiritum*, ou bien on n'était pas propriétaire du tout (10). Mais au point de vue de Gaïus, son *olim* se rapporte seulement à l'état du droit immédiatement avant l'introduction de la tenure bonitaire des *res mancipi* (§ 13) — car ce n'est qu'à ces choses qu'elle s'appliquait : — cela n'exclut donc pas la possibilité d'une distinction, reconnue par le droit à une période encore plus ancienne, entre la propriété naturelle d'une part, légale ou civile, de l'autre (11). Le fait des efforts successifs des préteurs et des jurisconsultes des premiers temps de l'empire pour atténuer la rigueur du pur *jus civile*, en le combinant avec les principes du droit naturel, est propre à faire naître la croyance que cet élément était entièrement neuf. Pourtant Justinien nous avertit du contraire. « Le droit naturel », dit-il, « est évidemment le plus ancien, car il commença avec le genre humain : tandis que les droits

taire que par la mancipation ou l'abandon par le tribunal (p. 80 *sq.*) Le résultat était qu'un transfert par simple remise laissait le titre légal sur la tête du cédant ; de sorte que le cessionnaire ne pouvait prétendre à une action réelle en revendication de son droit, tant qu'il n'avait point corrigé le défaut de son titre par une possession operant prescription. Cela fut réformé par un édit prétorien, qui lui accorda, sous certaines conditions, une action même avant l'expiration du délai de prescription (§ 32). Le cédant n'était point par là, dépouillé de son titre quiritaire ; mais grâce à l'octroi d'une action *in rem* au cessionnaire, ce dernier était reconnu aussi propriétaire à un titre inférieur, qui recut le nom de *in bonis habere* (G. II, 40). De là l'épithète de δεσπότης βονιτάριος, que Théophile applique au propriétaire suivant l'équité. [Le dernier ouvrage à ma connaissance, sur cette matière, est celui d'Appleton, *Histoire de la propriete prétorienne*, Paris, 1889.]

(10) G., II, 40.

(11) ἔστι φυσικὴ και ἔννομος δεσποτεία (Théoph., I, 5, 4). [A l'origine, en effet, la propriété consiste moins dans le droit legal que dans le fait matériel de possession ; plus exactement, elle comprend les deux éléments (*Besitzeigenthum*) que l'analyse juridique tend à isoler. La notion du *droit* de proprieté se dégage petit à petit de l'ancienne notion complexe. Voir App. note d. Obs. I].

civils ne parurent que lorsque les états commencèrent à être fondés, les magistratures créées, les lois écrites (12) ».

On conçoit très bien que la loi puisse refuser une action réelle pour résoudre une question de droit existant, au point de vue légal, sur une chose, à quelqu'un qui ne peut invoquer un titre conférant la propriété quiritaire, et que, cependant, elle n'ait aucune hésitation à protéger sa possession, quand elle est troublée, à lui accorder un moyen s'il est dépouillé par vol ou violence : en vérité, un pareil état de choses non seulement est concevable, mais ne peut évidemment soulever aucune discussion. Il ne peut guère y avoir de doute qu'il n'en fut ainsi jusqu'à l'époque de l'introduction de la tenure bonitaire : — que tout comme l'occupant de l'*ager publicus*, qui n'était notoirement pas un propriétaire quiritaire, voyait sa possession protégée par un interdit, il en était exactement de même de l'acheteur de quelques arpents de l'*ager privatus*, qui s'était borné à recevoir transmission par simple remise, au moins à l'encontre de toute personne autre que son vendeur quiritaire : et que si un meuble *res mancipi*, acquis en vertu d'un achat, et sans mancipation ou abandon en justice, était volé à l'acheteur, ce dernier avait une action pénale contre le voleur. Cela revient donc beaucoup à être une question de mots. Si par propriété ou *dominium* on entend la propriété quiritaire, procurant une action réelle en justice, alors on peut admettre que, jusqu'à l'époque de Servius, sauf peut-être pour les esclaves faits prisonniers et les bestiaux, il n'y avait pas de propriété des meubles. Mais si cela signifie simplement le droit d'aliéner, par le moyen de la tradition, ce qu'on occupait comme vous appartenant, et de se protéger, ou d'obtenir protection des

(12) Just. *Inst.*, II, 1, § 11.

autorités, contre toute tentative ayant pour but de vous dépouiller par vol ou violence, alors l'existence d'une propriété des meubles, — une propriété naturelle, — ne peut être déniée (13). Le vol restait vol, même quand la chose volée n'avait été acquise que par des moyens naturels, — échange ou marché, travail du fabricant ou comme produit d'une chose appartenant déjà à celui qui l'avait entre les mains.

Section 11. — Ordre de Succession.

Le récit de la concession, faite par Romulus, de petits biens patrimoniaux (*homesteads*), qui devaient « suivre l'héritier », indique clairement que, dès les premiers temps les Romains reconnurent l'hérédité et un ordre de succession. Imposant, comme ils le faisaient, aux descendants le devoir de perpétuer la famille et ses *sacra*, il eût été étrange que ces descendants eussent été privés des biens.

La différence d'organisation de la famille chez les patriciens et les plébéiens entraînait forcément une certaine différence dans leurs règles de succession. Chez les premiers, l'ordre était celui-ci : — à la mort d'un *paterfamilias*, son patrimoine revenait à ceux de ses enfants *in potestate* qui, par cet événement devenaient *sui juris* ; sa veuve prenait une part égale en concours avec eux, et sans distinguer entre les meubles et les immeubles, les droits personnels ou réels ; à défaut de veuve et d'enfants, le patrimoine passait à sa *gens* (1). L'idée qu'entre les des-

(13) Les réformes de Servius Tullius firent classer certains meubles parmi les *res mancipi*, avec les fonds de terre et les maisons ; ils devinrent ainsi objets de droit quiritaire.

(1) Quoique les paroles des XII Tables portassent « gentiles familiam habento » (Ulpien, *Collat* XVI, 4, 2), néanmoins l'allusion faite par Ciceron à la *cause célèbre* entre les Claudii et Claudii Marcelli (*De Orat*,

cendants et la *gens* venait une classe intermédiaire, sous le nom d'agnats, ne paraît pas bien fondée en ce qui concerne la période royale (2); ils furent introduits par les XII Tables, pour le cas des plébéiens qui, n'ayant point de *gentes*, se trouvaient, à défaut d'enfants, sans héritiers légitimes. (§ 32) (3).

Dans l'Inde, comme il n'y avait que les fils qui pussent perpétuer une famille, les filles n'avaient aucun droit de succession. Et il en était aussi de même à Athènes : — en présence d'un fils, les filles étaient exclues. Il y a des jurisconsultes historiens qui soutiennent qu'il doit en avoir été de même dans la Rome patricienne (4). Pourtant les textes

I, 39, 176) semble indiquer que la *gens* héritait comme corporation. Mais les opinions diffèrent ; et Göttling (*R m. Staatsverfassung*, p. 71, sq.) a peut être raison de penser que la pratique variait.

(2) La mention supposée des agnats dans une loi attribuée à Numa repose simplement sur une conjecture de Ph. E. Huschke, dans les *Analecta litteraria* de J. G. Huschke (Leipzig 1826), p. 375. La loi nous a été conservée dans un récit de Servius *in Virg. Eclog.* IV 43, ainsi conçu : « In Numae legibus cautum est, ut si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occisi et natis ejus in cautione (Scalig. concione) offerret arietem ». La substitution faite par Huschke, de *agnatis* à *et natis*, est presque universellement adoptée ; mais s'imposât-elle, elle signifierait simplement les enfants *in potestate* ou *la gens* du défunt. Voy. n. suiv.

(3) Il est parfaitement vrai néanmoins que, dès le principe, l'ordre de succession fut agnatique [Voir cependant, § 35, n. 15] car seul les enfants qui réunissaient les qualités d'agnats et de cognats, pouvaient élever quelque prétention à l'héritage : et la *gens*, en théorie du moins, n'était qu'un corps d'agnats.

(4) Genz (p. 11) tient très fermement pour cette opinion. M. Fustel de Coulanges (p. 80 sq.) est d'avis que les femmes étaient exclues, sinon expressément, au moins en pratique. [Sur le droit primitif de l'antiquité et des temps plus modernes consulter Caillemer *le droit de succession légitime à Athènes* (Paris 1879 ; Claudio Jannet, *le droit civil à Sparte*, Paris 1880, ch. IV, 3 ; Dareste sur les *anciens codes Brahmaniques*, *le code Rabbinique*, et la *Coutume des Ossètes*, J. des Savants 1884, p. 48, 309, 1887, p. 285 ; Viollet, *histoire du droit*, Paris 1886, p. 707 ; Beauchet, *Loi de Vestrogothie*, Paris 1889, p. 56 et sq.]

ne fournissent aucun appui à cette théorie (5). Justinien fait plus d'une allusion à l'égalité parfaite sur ce point, entre les deux sexes, dans le droit ancien. Mais cette égalité était plus nominale que réelle. La fille qui avait passé dans la main de son mari, du vivant de son propre père, ne pouvait évidemment avoir aucune part dans l'hérédité paternelle, car elle avait cessé d'appartenir à la famille de ce père. Celle qui était *in potestate* à la mort du père, et que cette mort rendait *sui juris*, devenait en réalité son héritière, à moins qu'il n'eût empêché ce résultat par des dispositions testamentaires; mais, même alors, la *gens* avait entre les mains le moyen de prévenir tout risque de préjudice à son propre détriment. La femme, en effet, ne pouvait se marier, et ainsi transporter sa fortune à une autre famille, sans le consentement des *gentiles*; elle ne pouvait non plus, sans leur consentement, aliéner les éléments les plus précieux de ce patrimoine : et, même avec leur consentement, elle ne pouvait faire un testament, pour disposer de cette fortune, en prévision de sa mort (6).

(5) La loi Voconia, de 585, de son propre aveu, introduisit quelque chose de nouveau en défendant à un homme riche d'instituer une femme, même sa fille unique, héritière testamentaire; mais elle ne toucha pas au droit de succession ab intestat.

(6) Cic. *Top.* IV 18. La raison primitive de cette incapacité peut avoir été qu'une femme n'était point admise dans les curies et, par suite, ne pouvait faire un testament dans la seule forme connue sous la période royale, quelle que fût la bonne volonté de ses tuteurs de lui donner leur consentement. Mais, avec le temps, on en vint à représenter cette incapacité comme particulière aux femmes en tutelle légale de leurs agnats ou de leur *gens*, — ainsi, comme une incapacité provenant des gardiens, plutôt que de la pupille, et qu'on pouvait éviter par la substitution de tuteurs fiduciaires aux tuteurs légaux. C'était, comme le dit Cicéron (*Pro Mur.* XII, 27), renverser grossièrement l'esprit de la loi; tout en s'attachant strictement à sa lettre. Les tuteurs légitimes, en parfaite connaissance du but qu'on se proposait, donnaient leur *auctoritas* à leur pupille, pour se mettre, par *coemptio*, dans la main (*in manum*) d'un homme, qu'elle n'avait pas l'intention de considérer

L'héritage, par conséquent, n'était à elle que de nom : en réalité, il était entre les mains de ses gardiens.

Les filles en puissance ayant été admises à prendre part à la succession avec les fils, *a fortiori* les fils plus jeunes n'étaient-ils point exclus par le premier né. Il n'y a pas trace de l'existence, à Rome, à aucune époque, d'un droit de primogéniture, même se bornant à accorder à l'aîné, comme dans l'Inde, droit à une part insignifiante au delà de celle de ses frères plus jeunes. Et pourtant nous trouvons des exemples d'*heredia* demeurant dans une famille, non seulement pendant des générations, mais pendant des siècles, — un état de choses, qui eût été impossible, si chaque décès d'un *paterfamilias* avait entraîné un morcellement des biens de la famille. On peut concevoir que ce morcellement était quelquefois évité par un arrangement entre les héritiers eux-mêmes. Ce n'était une pratique nullement rare pour des frères de s'abstenir de partager le patrimoine, et de continuer à le posséder comme associés (*consortes*) (7). Nous n'avons pas de

comme son mari ; il était entendu que ce dernier la remanciperait sur le champ (G. I, 137) à une personne de son choix, et qui pouvait être précisément un des tuteurs légitimes, dont elle se débarrassait. Ce dernier était tenu immédiatement de l'affranchir, ce qui la rendait de nouveau *sui juris*, et celui qui l'avait affranchie devenait *ipso jure* son tuteur fiduciaire, engagé d'honneur à complaire à tous ses désirs et même à sanctionner son testament (G. I, 115, II, 112). [Sur tous ces points, consultez Gide, *Condition privée de la femme*, 2e édit., p. 102 sq, p. 137 s.].

(7) Gell., I, g, 12, « Societas inseparabilis, tanquam illud fuit antiquum consortium, quod jure atque verbo Romano appellatur ercto non cito » Serv. *in Aen*, VIII, 642. « Ercto non cito, *i. e.* patrimonio vel hereditate non divisa ». Voir Leist, *Zur Gesch. der Röm. Societas*. Iena, 1881, p. 20 sq. Festus, v. *Sors*, dit que *sors* signifiait *patrimonium* ; d'où *consortium*. Mais, littéralement, c'était le lot de terre, — ce qui était assigné par le sort, — à son propriétaire originaire. [Sur les indivisions entre frères, voir Caillemer, *le droit de succession légitime à Athènes*, p. 34 sq : Claudio Jannet, *le droit civil à Sparte*, ch. IV, 3, par 3. Kovalewski, *Coutume contemporaine et loi primitive*, cité par Dareste, J. des Savants 1887, p, 174].

détails là-dessus, mais il est très possible que, grâce à une entente entre eux, l'*heredium* restait éventuellement entre les mains d'un seul d'entre eux, qui, à son tour, le transmettait à sa postérité. L'usage d'expédier les membres les plus jeunes de la famille dans les colonies, peut y avoir aussi contribué : et il arriva, sans aucun doute, souvent à un *paterfamilias* de refuser son consentement au mariage de fils puînés, et d'empêcher ainsi la multiplication des héritiers pour une génération ultérieure. Mais le moyen le plus simple était de régler sa succession par testament. On y avait recours, non pas tant pour instituer héritier un étranger, quand on n'avait pas de postérité, — suivant les idées patriciennes, le devoir, en ce cas, était de perpétuer la famille en adoptant un étranger, — que pour partager sa succession, quand on avait plus d'un enfant. Il y eut, dans le droit postérieur, plus d'un moyen d'attribuer une part spéciale de l'héritage à un héritier en particulier, en lui en substituant un autre, à défaut du premier : et il n'y a pas de raison de supposer qu'on n'ait pas eu recours, le cas échéant, à une combinaison semblable, dans le testament oral de la période royale.

Pendant la république et plus tard, on regarda comme étant au pouvoir du *paterfamilias* de déshériter tous ses enfants *in potestate* ou l'un d'entre eux, et ainsi, en rendant le dernier soupir, de les dépouiller de leur part dans le patrimoine de la famille. Nous ne possédons point de preuve qu'il en ait toujours été de même chez les patriciens de l'époque primitive. Il semble plutôt que l'usage s'en soit insinué sous l'influence de l'*uti legassit* (8) *suae*

(8) *Legare*, dans les XII Tables, n'avait pas, comme à une époque postérieure, le sens restreint de laisser à un légataire, mais embrassait l'expression entière de la volonté d'un testateur. Le mot signifiait *legem dicere de re sua mortis causa*. Justinien dans sa *Nov.* XXII, ch. 2 le rend par νομοθετεῖν.

rei, ita jus esto, des XII Tables. — « ce qu'on aura décidé relativement à son patrimoine (*res* = *res familiaris*) aura force de loi » : paroles qui, nous dit-on, furent interprétées de la façon la plus large, et considérées comme sanctionnant et conformant toute mesure prise dans un testament, et traitant soit des intérêts des personnes subordonnées de la famille du testateur, soit de la disposition de ses biens. Mais cet usage répugnait tellement aux idées reçues, d'après lesquelles le *filiusfamilias* avait, au regard du patrimoine de la famille, la situation d'un copropriétaire, qu'il était contrecarré de toute façon. L'exhérédation expresse pouvait seule le dépouiller des droits qu'il tenait de sa naissance (§ 32). Si le père omettait de l'instituer ou de l'exhéréder dans un testament fait en faveur d'un étranger, ce n'était pas *legare* au sens de la loi ; par conséquent, cela ne le privait pas de son héritage, mais, au contraire, cette omission rendait la volonté inefficace (§ 32). Et Justinien était si pénétré de l'injustice de l'exhérédation des enfants, qu'il la défendit, hors le cas où elle était fondée sur l'inconduite grave, mentionnée formellement dans le testament (§ 87).

Il est donc difficile de croire que cet usage ait pu trouver accueil chez les patriciens de l'époque royale. Il était étranger aux notions Aryennes primitives. Le testament était inconnu chez les Hindoux. Il n'y avait rien de semblable à Sparte. Il n'y en eut point à Athènes, jusqu'à ce qu'il eût été introduit par la législation de Solon ; il ne put jamais porter préjudice au droit de succéder des fils ; tandis que, fait par quelqu'un qui n'en avait point, c'était au fond un acte d'adoption *mortis causa*, ayant pour objet de suppléer artificiellement à une descendance, que la nature n'avait pas jugé à propos d'accorder. Que les Ro-

mains aient pratiqué le testament dès une époque très reculée, c'est un fait probable : les testaments passés dans les comices par curies et en présence de l'armée, à la veille d'une bataille, portent l'empreinte de l'antiquité (9). Mais les premiers du moins, — et les seconds étaient simplement substitués aux premiers en cas d'urgence — ne renfermaient rien de l'*uti legassit ita jus esto*. Car, bien qu'avec le temps le rôle des curies ait pu se réduire purement à recevoir la déclaration orale, faite par le testateur, de sa volonté dernière (§ 32), de façon à pouvoir en rendre témoignage après sa mort, il est impossible de ne pas voir, dans le testament devant les comices, à l'origine, un acte législatif, comme un autre, et par lequel les pairs du testateur, pour des raisons qu'ils jugeaient suffisantes, eux et les pontifes qui présidaient, sanctionnaient, dans un cas particulier, une dérogation aux règles ordinaires des successions (10). Les pontifes étaient là pour protéger

(9) *Calatis comitiis* et *in procinctu*, G., II, 101. Comp. Gell., XV, 27, 3. [Sur l'absence de testament à l'origine chez les nations antiques, voir Fustel de Coulanges, *Cité Ant.* liv. II, ch. VII, 50 ; Garsonnet, *locat. perp.*, p. 23, 35 ; Claudio Jannet, *le droit civil à Sparte*, chap. IV, 3, chap. V, 3 ; P. Viollet, *histoire du droit*, p, 741 ; Dareste, *sur les anciens Codes Brahmaniques*, J. des savants 1884, p, 49 ; Padeletti Cogliolo, p. 200, spécialement n. *b.* ; Greif, *de l'origine du testament romain*, Paris 1888 ; Beauchet, Loi de Westrogothie, p. 64, texte et note].

(10) Mommsen, *Röm*, *Staatsrecht*, vol. II, p. 37 ; Ihering, *Geist* vol. I § 11, b. [Contra, Padel. Gogl, p. 204. *m.* — Je suis, pour ma part, très porté à penser que c'est là qu'il faut chercher l'origine première de la règle *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest*. L'idée ancienne de la succession ab intestat et l'innovation du testament partent de points de vue si opposés qu'elles sont *incompatibles* entre elles : on ne peut à la fois prendre les deux attitudes, rester fidèle à l'ancien système et en même temps adopter le nouveau. Les deux principes sont le contraire l'un de l'autre et inconciliables par la *nature des choses*, comme le dit Pomponius, L. VII, Dig., L. 17. Voir sur cette règle Esmein *Mélanges*, p. 4, n. 1 ; Carpentier, Nouv. Rev. hist. 1886, p. 462, sq. Pad. Cogl., p. 201, *c.* Carle, *le origini del Diritto Romano*, Turin 1888, p. 550, n. 1].

les intérêts de la religion, et les curies ceux de la *gens* du testateur ; et il est difficile de concevoir qu'un testament pût être sanctionné par eux, quand il réduisait à rien les vieilles traditions, au point de priver un *filiusfamilias* de ses droits de naissance, du moins en faveur d'un étranger.

On peut admettre que, *de facto* en tout cas, les enfants *in potestate* d'un plébéien, qui devenaient *sui juris* par sa mort, venaient à sa succession de la même manière que les enfants d'un patricien (ou plutôt, que les uns et les autres acquéraient, par cet événement, l'administration libre du patrimoine de la famille, dont ils avaient été exclus du vivant de leur père) (11). Mais, comme le plébéien n'était pas membre d'une *gens*, aucune mesure n'était prise pour la dévolution de sa succession, à défaut d'enfants. Il ne pouvait suppléer à leur absence par l'adrogation, car pendant longtemps il n'eut point accès à l'assemblée des curies ; et il est très douteux que l'adoption d'un *filiusfamilias* ait été connue avant les réformes de Servius Tullius. La même cause, qui le rendait incapable d'adroger un *paterfamilias*, le rendait aussi incapable de faire un testament *calatis comitiis* (12) et même le testament *in procinctu* était impossible, car, bien qu'avant l'époque de Servius, des plébéiens aient pu servir occasionnellement dans l'armée, ils n'étaient pourtant pas citoyens, et

(11) « Domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur » (G., II, 157) ; « itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur » (Paul au *Dig.* XXVIII, 2, fr. 11. Voir *infra*, § 32. [*Contra* Cogliolo *Evoluzione*, p. 111, Padel. Cogliolo, p. 201 et note. Comp Milovanowitch, des *sui heredes*, Paris 1888].

(12) Gell. (*l. c.*, note 9), dit qu'il y avait eu des *calata comitia* des centuries aussi bien que des curies ; mais, suivant l'opinion générale, cela ne peut avoir eu lieu qu'après l'établissement de la république.

ainsi n'avaient pas la capacité requise pour le faire. Par conséquent, jusqu'à ce que les XII Tables eurent introduit la succession des agnats (§ 32), le plébéien, qui ne laissait point après lui d'enfants *in potestate*, était nécessairement sans héritier, c'est-à-dire sans héritier légitime. Mais la coutume paraît avoir vu sans défaveur l'appropriation de son *heredium* par un étranger — frère ou autre proche parent, le mieux en situation de saisir le plus promptement l'occasion : et, s'il en gardait la possession, à titre d'héritier, pendant une période raisonnable, fixée par les XII Tables à un an (14) la loi le traitait comme héritier ; avec le temps, les pontifes lui imposèrent le devoir d'entretenir les *sacra* de la famille. Ce fut l'origine, très innocente et très louable de l'*usucapio pro hedere* (§ 32) que Gaïus condamne comme une institution incompréhensible et détestable, et qui, sans aucun doute, perdit une partie de sa *raison d'être*, le droit de succession des agnats une fois introduit.

Section 12. — Violation de Contrat et Délits Privés et Publics.

Ce serait un langage défectueux que de parler, pour l'époque royale, d'un droit des obligations au sens où ces mots s'entendirent dans la jurisprudence postérieure. Il serait exagéré de dire, comme on le fait quelquefois, qu'avant le règne de Servius, Rome n'avait pas de droit des contrats; car les hommes doivent avoir acheté et vendu.

(13) La qualité de citoyen était, et resta jusqu'à la fin, la condition fondamentale de la capacité testamentaire ; voyez G. II, 147 ; Just. *Inst.* II, 17, 6. « Testamenti factio est juris publici », dit Papinien. Ç'avait été à l'origine, l'acte d'un citoyen, revêtu de son caractère public, comme membre des comices ; et, quoique la raison fût sans doute oubliée, les conséquences demeurèrent.

(14) G. II, §§ 53, 54.

ou, au moins échangé, dès les premiers temps ; ils doivent avoir loué des maisons, engagé leurs services, fait des emprunts, transporté des marchandises ; ils doivent avoir été partie dans diverses autres transactions inévitables chez un peuple engagé, dans quelque mesure que ce soit, dans des occupations pastorales, agricoles ou commerciales. Il est vrai qu'une famille patricienne, avec sa maison bien fournie en clients et en esclaves, avait en elle-même un mécanisme amplement suffisant à ses besoins ordinaires, et se trouvait ainsi, dans une certaine mesure, indépendante de toute aide du dehors ; mais il n'y avait pas beaucoup de familles de ce genre ; et les fermiers plébéiens, les artisans des corporations, n'étaient point dans une position aussi fortunée. Il doit donc y avoir eu des contrats et un droit des contrats ; mais ce droit était très imparfait. Dans le troc, — car, à cette époque, la monnaie n'était point usitée, — l'échange et la délivrance instantanés d'un avantage contre l'autre complétaient immédiatement la transaction, sans qu'il y eût création d'obligation. Mais dans d'autres cas, tels que ceux auxquels il a été fait allusion, l'une des parties au moins avait dû s'en remettre à la bonne foi de l'autre. Quelle était sa garantie, et quel remède avait-on en cas de violation de l'engagement ? La confiance reposait tout d'abord sur la probité de celui avec qui on contractait, — sur sa vénération pour la Fides (p. 23) et la crainte qu'il avait de la désapprobation de ses compagnons, en cas de déloyauté de sa part, ainsi que des pénalités sociales, religieuses ou pécuniaires qui lui seraient infligées, comme conséquences de cette déloyauté, par sa *gens* ou sa corporation (1). Si la partie, qui devait

(1) Telles que l'interdiction des privilèges de la *gens* ou de la corporation, exclusion du droit de sépulture dans les tombeaux de la *gens* ou de la corporation, amendes payables en gros ou petit bétail etc.

s'en remettre à la bonne foi de l'autre, ne se contentait pas de la promesse et de la poignée de mains qui en était le sceau (2), elle pouvait exiger un serment solennel (*jusjurandum*). Cicéron parle à maintes reprises de la sainteté du serment et de sa puissance à attacher les hommes à leur parole (3), et A. Gelle remarque la rareté extrême d'inexécution d'une entreprise commencée sous l'œil et en présence d'une divinité (*deo teste*) (4). Denys indique que l'autel d'Hercule (*ara maxima*), situé au marché aux bestiaux, et qu'on rapporte avoir existé avant Rome même, était le rendez-vous de ceux qui désiraient se lier par convention (5) ; et, l'on ne peut guère douter que, quoi qu'il en ait été à une époque ultérieure, au temps des premiers rois, celui qui se parjurait ne fût justiciable de la discipline pontificale.

Si celui, qui recevait la promesse, désirait une sûreté plus matérielle, il prenait un objet en garantie ou gage de l'autre contractant ; et quoiqu'il n'eût là-dessus aucun titre légal, et ainsi ne pût le recouvrer par aucune voie judiciaire, s'il venait à en perdre la possession, néan-

(2) Quelques-uns des anciens auteurs (*e. g.* Liv. I 21, § 4, XXIII, 9, 3; Plin., *H. N.*, XI, 45; Serv. *in Aen.*, III, 687) disent que le siège de la Fides était dans la main droite, et que la donner (*promittere dextram*, — est-ce là l'origine du mot « promesse ?) », en prenant un engagement, était fournir expressément un gage de sa foi. Voir divers textes éclairant la signification de cette pratique, et témoignant du respect dont la Fides était entourée, avant que les influences et l'exemple étrangers eussent commencé à corrompre la probité et la fidélité, dans Lasaulx, *Ueber d. Eid. bei d. Römern* (Wurzbourg, 1844), p. 5, *sq* ; Danz. *Sacrale Schutz*, pp. 139, 140 ; Pernice, *Labeo*, vol. I, p. 408, *sq*. [Comp. Geny, *Fiducie*, p. 16 et *sq*.].

(3) *E. g. De Off.* III, 31, § 111.

(4) « Jusjurandum apud Romanos inviolate sancteque habitum servatumque est. Id et moribus legibusque multis ostenditur » (Noct. Att., XI, 18, 1.).

(5) Denys d'Hal., I, 40 [Comp. Gaddi, *trad. Muirhead*. n. 119 ; voir App. n. c, *in fin*.]

moins, aussi longtemps qu'il le gardait, il tenait en ses mains un moyen, *de facto*, de contraindre à l'exécution. Après l'exécution, il pouvait être forcé à le rendre, sinon, subissait une peine; non pas en vertu d'une obligation résultant d'un contrat de gage, car le droit n'en reconnaissait pas encore, mais parce que, en gardant l'objet après l'accomplissement du but pour lequel il l'avait reçu, il commettait un vol, et était passible du châtiment qui en était la suite.

Dans cette phase, la violation du contrat, comme telle, ne servait pas de base à une action en dommages-intérêts ou en réparation devant les tribunaux ; mais il n'est pas improbable que, dans le cas où un préjudice effectif avait été éprouvé, la partie lésée était autorisée à se faire immédiatement justice à elle-même, en s'emparant de l'auteur du dommage ou de ses biens. S'aider soi-même était dans l'esprit du temps ; non seulement se défendre soi-même en présence d'un danger imminent, mais prendre des mesures offensives pour réparer des torts déjà réalisés. La revendication d'un droit de propriété (§ 34) fut à l'origine, et peut-être encore aux premiers jours de la royauté, un déploiement réel de force, — un combat entre les deux parties contestantes; et la *manus injectio* (§ 36), et la *pignoris capio* (§ 37), main mise sur le débiteur et saisie de ses biens, actes émanant, l'un et l'autre, non point d'officiers judiciaires, mais du créancier lui même, survécurent, avec des restrictions légales ou coutumières, pendant toute la république.

C'est en vain qu'on cherche dans la Rome royale une ligne de démarcation bien nette entre les crimes, les délits et les atteintes civiles. Les délits contre l'Etat lui-même, tels que l'entente avec un ennemi pour la ruine de l'Etat

(proditio), ou des menées de trahison à l'intérieur *(perduellio)*, étaient naturellement des affaires concernant l'état, poursuivies et punies par lui dès le début. Mais pour ceux qui portaient principalement atteinte à un individu ou à sa fortune, il y avait hésitation et, dans une certaine mesure, confusion entre les trois systèmes de vengeance privée, l'expiation sacrée, le châtiment public, le châtiment privé (6). On a essayé d'expliquer la coexistence de ces systèmes par la différence de tempérament des races qui constituèrent l'unité de Rome (7) ; et c'est là, certainement, une considération qu'on ne peut perdre de vue. Mais la même succession s'observe dans l'histoire du droit d'autres nations, dont les éléments originaires ne furent pas si mélangés, le système le plus récent gagnant graduellement du terrain sur le plus ancien, et finissant par triompher de lui.

Ce qu'il y a de remarquable à Rome, c'est que la vengeance privée ait pu, si longtemps, non seulement laisser des traces, mais continuer à être un pouvoir agissant. Ce doit avoir été un droit admis pour la *gens* ou les parents d'un homme assassiné, encore à l'époque de Numa ; autrement il n'y aurait pas eu une loi de ce prince, pour disposer qu'en cas d'homicide par imprudence, l'offre, qu'on leur ferait, d'un bélier, devrait arrêter leurs mains (8). Venger la mort d'un parent était plus qu'un droit, — c'était un devoir religieux ; car ses *manes* avaient besoin d'être apaisés ; et cette idée était si fortement ancrée que, longtemps après que l'état fut intervenu et eut fait du meurtre

(6) Voir Abegg, *De antiquissimo Romanorum jure criminali* (Regiom. 1823), p. 36, *sq*; Rein, *Das Criminalrecht der Römer* (Leipzig, 1844), p. 24, *sq*; Clark, *Early Roman Law*, p. 34, *sq*.
(7) Rein (*op, cit*. dans la note 6), p. 39, *sq*.
(8) Voir § 11, note 2 ; Clark, *Early Rom. Law*, p. 47 *sq*.

l'objet d'une poursuite publique, un parent était impérieusement tenu de mettre en mouvement cette poursuite, au point que, s'il y manquait, il ne lui était permis de rien prendre dans l'héritage du défunt. La vengeance privée était également légitime au cas où un mari ou un père surprenait sa femme ou sa fille en adultère flagrant : il pouvait la tuer, ainsi que son amant, sur le champ ; mais, s'il laissait refroidir son courroux, il ne pouvait agir plus tard contre elle que par la voie judiciaire, en la traduisant devant son tribunal domestique. Le talion, dont nous parlent les XII Tables (9), a aussi une odeur de *vindicta privata,* quoique, en pratique, il soit devenu simplement un moyen de forcer la réparation. Et même l'emprisonnement, par le créancier, à la suite d'un *nexum*, de son débiteur, à défaut de paiement (§ 31) peut très bien, si l'on considère les cruautés qui trop souvent l'accompagnaient, être présenté comme gardant une saveur de vengeance privée, plutôt qu'un caractère de châtiment ou de procédure en réparation.

Expiatio, supplicium, sacratio capitis, tout cela suggère l'idée d'offenses contre les dieux, plutôt que contre un individu ou contre l'état. Mais il est difficile de tracer la limite entre les différentes classes d'offenses, d'affirmer de l'une, qu'elle était un péché, d'une autre, qu'elle était un crime, d'une troisième, qu'elle n'était qu'un tort civil, fait à un particulier (10). Elles s'entremêlaient d'une façon,

(9) Gell., XX, 1, 14.

(10) Voigt (*XII Tafeln*, vol. I, p. 484) observe que les patriciens considéraient chaque offense comme commise à la fois contre les dieux et les hommes, et tenaient que le châtiment devait être de nature à satisfaire les uns et les autres ; d'où le *deo necari, sacratio capitis* et *consecratio bonorum*. Les plébéiens regardaient les deux intérêts comme séparables ; et (ainsi que cela apparait d'après l'esprit des XII Tables),

qui est quelque peu embarrassante. Apparemment, la majorité de celles qui sont spécialement mentionnées dans les lois dites *leges regiæ* (p. 26) et les autres monuments de la période royale, étaient regardées comme des violations de la loi divine, et les châtiments qui leur étaient appropriés, étaient déterminés d'après ce point de vue. Cependant, pour plusieurs d'entre elles, la poursuite était laissée à l'état ou à de simples particuliers. Il n'est point évident, à la vérité, qu'il y ait eu un mécanisme en vue d'une poursuite publique, sauf au cas de trahison et de meurtre, — la première, parce qu'elle était essentiellement une offense contre l'état, le second, parce que, dès une époque relativement ancienne, on jugea à propos de réprimer les querelles du sang (blood-feud), qui pouvaient mener à des résultats déplorables, quand les amis et les voisins se présentaient pour défendre le prétendu assassin (11).

Prenez quelques-unes de ces offenses, dont la sanction reconnue était la *sacratio capitis*. La violation du devoir résultant du rapport de fidélité entre un patron et son client, le mauvais traitement infligé à un père par son enfant, l'exposition ou le meurtre d'un enfant par son père, contrairement aux prescriptions de Romulus, le fait de déplacer en labourant ou d'enlever une pierre servant de limite, ou de tuer un bœuf servant au labour, — tout cela

laissèrent aux pontifes le soin de protéger les dieux, chargeant l'état de se protéger lui-même, par la peine de mort ordinaire, la réduction en esclavage, la déclaration d'*improbitas* ou d'intestabilité, le talion et des peines pécuniaires.

(11) Sur le meurtre *(parricidium)* dans la Rome royale, voir Osenbrüggen, *Das altrömische Parricidium* (Kiel, 1841), et compte rendu par Dollmann dans les *Krit. Jahrb.* de Richter, vol. XI (1842), p. 144 *sq.*; Clark, *Early Roman Law*, p. 41 *sq.* [Padeletti Cogliolo, ch. VIII et notes, p. 115 *sq.*].

était offense capitale : l'offenseur était, par la formule *sacer esto*, voué aux dieux infernaux. Festus dit que, bien que les règles de la loi divine ne permissent point de l'offrir en sacrifice à la divinité qu'il avait spécialement offensée *(nec fas est eum immolari)*, il était pourtant si complètement en dehors de la loi et de sa protection, que chacun pouvait le tuer impunément (12). Mais, comme la *sacratio* était d'ordinaire doublée de la confiscation de la fortune, ou de partie de la fortune de l'offenseur, consacrée à des usages religieux, il est probable que l'on prenait des mesures pour obtenir une déclaration de mise hors la loi, excommunication judiciaire, prononcée, soit par les pontifes, soit par le roi, soit par les curies, — on ne le sait pas (13). Cette déclaration devait, en outre, affranchir le particulier vengeur du dieu courroucé, du risque de toute recherche, dans l'avenir, sur le point de savoir si, oui ou non, le citoyen qu'il avait tué était *sacer* aux yeux de la loi.

Qu'il ait dû y avoir d'autres actes coupables, regardés, dans la Rome primitive, comme méritant un châtiment ou une peine quelconque, outre ceux qui étaient punis de mort, de *sacratio* ou de confiscation totale ou partielle de

(12) Festus, v. *Sacer mons* (Bruns, p. 288). Niebuhr et d'autres regardent cette peine comme un vestige des sacrifices humains véritables, qui auraient été pratiqués dans l'Italie pré-Romaine. La question est discutée par Rein (*op. cit.* note 6), p. 33 *sq*. Sur la situation de l'*homo sacer*, voir Lange, *De consecratione capitis et bonorum*, Giessen, 1867, et la littérature qui y est mentionnée, pp. 9, 10 ; également Ihering, *Geist*, vol. I, § 18.

(13) Festus (*l. c.* dans la note précédente) dit que la *sacratio* était une sentence émanée de l'assemblée du peuple. Mais il se réfère spécialement à la *sacratio* qui résulte d'une contravention aux *leges sacratae* des premiers temps de la République. Avec le temps, elle fut remplacée par « l'interdiction de l'eau et du feu », qui était en pratique une sentence d'exil. [Sur cette section voir App. note e.]

fortune, c'est ce dont on ne peut douter. Aucune communauté n'a jamais été assez heureuse pour ignorer entièrement les vols, les brigandages et les voies de fait. Les XII Tables contenaient de nombreuses dispositions s'y rapportant ; mais il est extrêmement probable que, tout au moins jusqu'au règne de Servius Tullius, la façon de procéder dans ces cas reposait sur la coutume et consistait, en général, à se faire justice à soi-même. L'exercice en était restreint par l'intervention du roi, lorsqu'il lui paraissait que la partie lésée dépassait les bornes des représailles légitimes ; il était fréquemment racheté par une composition. Quand l'offense avait été commise strictement dans l'intérieur de la famille, de la *gens* et, peut-être, de la corporation, c'était à ceux qui avaient la juridiction sur ces groupes de juger le méfait, d'édicter une peine et de la faire exécuter.

CHAPITRE QUATRE

RÉFORMES DE SERVIUS TULLIUS (1).

Section 13. — Effets de ses réformes sur le Droit de Propriété.

Le but des réformes constitutionnelles, militaires et financières de Servius était de réaliser un progrès dans la voie de l'égalité entre patriciens et plébéiens. Ce peut être une question ouverte à la discussion de savoir si l'institution des comices par centuries fut son œuvre, ou seulement une conséquence de ses mesures dans des temps postérieurs ; néanmoins, il semble évident qu'il avait en vue d'admettre les plébéiens à quelques-uns, du moins, des privilèges de la cité, en leur imposant, en même temps, une part corrélative de ses devoirs et de ses charges. Privilèges, devoirs et charges étaient également mesurés d'après la situation du citoyen comme propriétaire foncier ; la valeur de son domaine immobilier, avec ses dépendances accessoires, tenu à titre quiritaire, servait à déterminer la nature du service militaire qu'il avait à rendre, la proportion, dans laquelle il était soumis à l'impôt, et, en admettant que Servius ait songé à la création d'une nouvelle assemblée, l'influence qu'il aurait à y exercer.

(1) Huschke, *Die Verfassung d. Konigs Servius Tullius*, Heidelberg, 1838. [Joignez Mispoulet, *Institutions pol tiques des Romains*, Paris 1882, t. I, p. 37 et *sq*.]

Pour faciliter la réalisation de son plan, il établit un registre des citoyens *(census)*, destiné à contenir, à côté de la mention de l'importance de leurs familles, un relevé de la valeur de leurs terres, avec les dépendances ; ce registre devait être révisé périodiquement. Afin d'assurer autant que possible la certitude du titre, et d'affranchir les fonctionnaires d'investigations pénibles sur la sincérité de toute allégation de changement de propriété opéré entre deux évaluations, on déclara qu'on ne reconnaîtrait un transfert, que s'il avait été effectué publiquement, en observant certaines solennités, ou bien encore par l'abandon en justice, devant le magistrat suprême (*in jure cessio*) (2). La forme de transmission prit le nom de *mancipium* et, à une époque ultérieure, de *mancipatio*, et les terres et autres choses qui devaient être transférées par ce moyen, vinrent à être désignées, — dès le début, ou plus tard, cela est de peu d'importance, — sous le nom de *res mancipi*. C'est de là que sortit une distinction de grande importance dans le droit de propriété, (et qui ne fut abolie que par Justinien, plus de mille ans après) (3), entre les *res mancipi* transmissibles, suivant le droit quiritaire, seulement par mancipation ou abandon en justice, et les *res nec mancipi* transmissibles par simple délivrance.

La mancipation (4) est décrite par Gaius, mais en se ré-

(2) La nature de l'*in jure cessio* est expliquée § 30.

(3) *Cod. Just.*, VII 31 (de usucap. transform., et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi).

(4) Leist, *Mancipation und Eigenthumstradition* (Iena, 1865) § 2-39, et compte rendu de Becker, dans les *Krit. VJS.*, vol. IX (1867), p. 232 *sq.* ; Ihering, *Geist.*, vol. II, § 46 ; Maine, p. 318 *sq.* ; Clark, *Early Roman Law*, p. 108 *sq.* ; Bechmann, *Gesch. d. Kaufes im Röm. Recht* (Erlangen, 1876), §§ 5-36 ; Voigt, *XII Tafeln*, vol. I, § 22, vol. II, §§ 84-88, 126. [Comp. Longo, *La Mancipatio*, Florence, 1886 ; Padel. Cogliolo, p. 226, 0 ; Carle, *Le origini del diritto Romano*, Turin, 1888, pp. 203-204.]

férant particulièrement à la transmission des *res mancipi* mobilières, comme une vente fictive, en présence de cinq citoyens romains et d'un *libripens*, tenant une balance de cuivre. Le cessionnaire, une main sur la chose transférée, et prononçant des paroles sacramentelles, déclarait qu'elle lui appartenait en vertu de l'achat, fait au moyen d'un *as* (qu'il tenait dans l'autre main) et de la balance (*hoc ære æneaque libra*) et, en même temps, il frappait la balance avec la pièce de monnaie, qu'il tendait alors au cédant, comme figurant le prix (5). La principale différence, au cas où on transmettait un immeuble, c'était que la mancipation n'avait pas besoin d'être faite sur les lieux mêmes (6) : le fonds était simplement désigné par son nom connu au rôle d'évaluations. Quoique du temps de Gaius, elle fût seulement une vente fictive,—en fait, la transmission solennelle d'une chose, en vertu d'un contrat relatif à cette chose, — il n'en fut cependant pas toujours ainsi. Son histoire est très simple. L'usage de la balance fixe son introduction à une époque où l'on ne se servait pas encore d'argent monnayé, mais où le cuivre brut était néanmoins devenu une mesure de valeur, et en quelque sorte un intermédiaire d'échange. Cela n'exista cependant point dès les premiers jours de Rome. A ce moment, et pendant un long temps, les valeurs étaient estimées en gros ou petit bétail ; c'est en cela que consistaient les amendes imposées (7), et les dépôts dans la *legis actio sacramenti*

(5) G., I, 119.

(6) G., I, 121 ; Ulp., *Frag.*, XIX, 6.

(7) « Romulus.... multæ dictione ovium et bovum — quod tum erat res in pecore et locorum possessionibus, ex quo pecuniosi et locupletes vocabantur — non vi et suppliciis coercebat » (Cic., *De rep.*, II, 9, § 16). La loi Aternia, de 300 U. C, fixant le maximum des amendes à prononcer par le magistrat, le fit encore en moutons et en bœufs ; ce ne fut que la *lex Julia Papiria*, de 324, qui les convertit en argent.

(§ 34) prenaient la même forme (8).

L'usage du cuivre pour les remplacer, dans les transactions privées, vint sans doute de l'Etrurie. Mais, n'étant que métal brut, ou monnaie étrangère, on ne pouvait l'employer valablement pour les prêts ou les paiements qu'en le pesant dans la balance ; son cours dépendait du poids, non pas du nombre (9). Il n'y a pas de raison de supposer que la pesée fût une solennité, — qu'elle eût quelque signification, outre son objet évident, de mettre les parties à même de s'assurer que le vendeur ou emprunteur recevait la somme de cuivre, en vertu de laquelle il avait contracté.

Ce fut cette très simple pratique de la vie journalière, dans les transactions privées, que Servius adopta comme base de sa transmission « mancipatoire » (*mancipatory conveyance*), en y joignant un ou deux traits nouveaux, destinés à lui donner la publicité, et, pour ainsi dire, la sanction de l'état, la rendre ainsi plus utile pour le transfert de la propriété constatée par le cens. Au lieu de laisser les parties se servir elles-mêmes de la balance, on re-

(Marquardt, *Röm. Staatsverwalt*, vol. II, p. 6). *Pecus* donna son nom à *pecunia* (Varron, *De L, L.*, v. 95, Bruns, p. 301).

(8) Huschke, *Die Multa und das Sacramentum* (Leipzig, 1874), p. 387. Les XII Tables fixèrent le montant de ces dépôts en argent. [Il est bon de remarquer que, si la mancipation, sous cette forme, est d'origine relativement récente, cela n'exclut nullement un *manum capere*, sous une forme rudimentaire et, sans doute, brutale, comme manifestation première des droits et des acquisitions. Comp. Gaddi, *trad. Muirhead*, p. 64, n. 137].

(9) G., I, 122. [Le paiement exigeait, aussi bien que le prêt, la pesée effective du métal. Ainsi l'acte *per aes et libram*, nécessaire au moment de la création de l'obligation de restituer, l'était naturellement aussi au moment de son extinction. On peut penser que ce fut là la première application, et sans doute l'origine tout élémentaire de la règle qui veut une corrélation entre les modes de création et les modes d'extinction des droits. Comp. H. Krueger, *Gesch. d. Cap. Deminutio*, p. 308].

quérait un porte-balance impartial, probablement un officier public (10), pour remplir ce rôle, et cinq citoyens pour assister en qualité de témoins, qui certifieraient aux officiers du cens la régularité de la procédure. On suppose généralement qu'ils devaient représenter les cinq classes, dans lesquelles Servius avait distribué la population, et, par là, virtuellement l'état tout entier; et le fait que les parties, lorsqu'elles faisaient appel à leur témoignage, les désignaient, non pas sous le nom de *testes,* mais sous celui de *Quirites* (11) donne quelque couleur de vérité à cette opinion. On rapporte aussi à Servius l'introduction de pièces rectangulaires de cuivre, de poids différents, mais réglés avec soin, marquées, par son ordre, d'empreintes variées (*æs signatum*) (12), et qu'on suppose avoir dû remplacer le métal brut (*æs rude*) (13) autrefois en usage, et faciliter ainsi l'opération du pesage (14). S'il en est

(10) Danz (Gesch. d. R. R., § 143, note 6) fait allusion à une inscription, rapportée dans le recueil d'Orelli, n° 4012, et dans celui de Wilmanns, n° 1895, dans laquelle deux personnes sont appelées « IIviri libripendes ». Il se peut aussi que les balances aient été des balances de l'état; car Varron (*De L. L.*, v. 183, Bruns, p. 303) mentionne que, de son temps, on conservait encore une balance dans le temple de Saturne [Cogliolo (Padel-Cogliolo, p. 227, note o) pense que la mancipation ne se faisait à l'origine que les jours de marché; et Gaddi (*trad. Muirh.* n. 138) appuie cette conjecture d'un texte de Varron, d'où il résulterait que la *sponsio* à *l'ara maxima* d'Hercule, — moyen primitif et solennel de s'engager — avait lieu tout *trinundinum i. e.*, tout troisième jour de marché].

(11) G., II 104. [Comp. P. Viollet, *hist du dr. Fr.*, p. 516 *sq.*

(12) Plin., *H. N.*, XVIII, 3, « Servius rex ovum bovumque effigie primus aes signavit. » Il en existe des spécimens dans bien des musées.

(13) Varron, *De L. L.*, v. 163 (Bruns, p. 302); Festus, v. *Rodus* (Bruns, p. 288)

(14) Mommsen (*Gesch d. Röm. Münzwesens*, Leipzig 1860), suggère l'idée que la frappe était une garantie non pas du poids, mais de la pureté du métal. Quelques jurisconsultes admettent que la pesée solennelle du cuivre, en barres marquées, lingots bruts ou pièces étran-

ainsi, il n'est pas aisé de comprendre pourquoi le pesage aurait continué d'être le trait caractéristique de la transaction, jusqu'à l'époque des XII Tables; que gagnerait-on en effet à faire passer sur la balance dix barres, dont chacune pèserait un certain nombre de livres connu? Il est plus probable que ces lingots furent fondus et marqués comme étalons, à placer dans un des plateaux de la balance, tandis que le métal brut, dont le poids devait être déterminé, était mis dans l'autre plateau.

Ainsi, au lieu d'être une vente fictive, comme la décrit Gaius, et comme elle le devint après l'introduction de l'argent monnayé dès le commencement du quatrième siècle (§ 30), la mancipation ou *mancipium*, telle qu'elle fut réglementée par Servius, était une vente réelle et parfaite au sens le plus strict du mot. Quelles étaient précisément les paroles solennelles adressées par le cessionnaire au cédant, quelle était exactement la forme de la cérémonie, nous ne le savons pas. Mais, comme c'eût été un fardeau intolérable pour les cinq citoyens convoqués pour remplir un devoir public, que d'exiger leur présence pendant tout le temps qu'on pesait peut-être des milliers de livres de cuivre, on peut conjecturer que, de bonne heure, s'établit l'usage de peser le prix auparavant, et ensuite de ne repeser, ou prétendre repeser, devant les témoins, qu'un seul petit morceau de métal (*raudusculum*) (15), que le

gères, le transformait en monnaie. C'est une notion aussi vide de sens que pleine de fantaisie. Le métal ne devenait pas plus monnaie, après avoir été pesé et remis au vendeur ou emprunteur, qu'il ne l'était auparavant, — il demeurait toujours exactement le même poids de cuivre. Si on avait à l'employer, le lendemain, dans une transaction *per aes et libram*, il fallait le peser de nouveau.

(15) De là, la demande adressée par le porte-balance au cédant « touchez la balance avec une petite pièce du métal » (*raudusculo libram ferito*), paroles, dit Festus, demeurées encore en usage, après que l'argent monnayé (qui était compté, non pas pesé) eut remplacé le cuivre

cessionnaire tendait alors au cédant comme « la première et dernière livre », représentant ainsi le tout (16). Toutefois, quelle qu'ait pu être sa forme, son effet était de produire instantanément l'échange de la propriété contre un prix pesé dans la balance. L'obligation, qui en résultait pour le vendeur, de maintenir le titre de l'acheteur et les modifications qui pouvaient être ajoutées au transfert, du consentement des parties, — ce qu'on appelle les *leges mancipii*, — seront examinées à propos des dispositions des XII Tables sur la matière (§ 30).

Pourquoi cette forme de transfert prit-elle le nom de *mancipium* ou *mancipatio*, pourquoi les choses, dont le transfert par un particulier, en droit quiritaire, ne pouvait se faire d'une façon efficace que par ce moyen ou par l'abandon devant le tribunal, furent-elles appelées *res mancipi*, et quelles furent les considérations qui déterminèrent le choix des choses, qui devaient, ou non, rentrer dans cette classe, ce sont là des questions qui ont été beaucoup discutées. L'explication de Gaius (17), que la mancipation fut appelée ainsi, parce que, dans l'acte, le cessionnaire prenait avec la main la chose qui lui était transférée

brut, et que ce fut avec une pièce de monnaie, et non un morceau de métal, que l'on frappa la balance.

(16) Cette conjecture est suggérée par les paroles solennelles prononcées dans la *solutio per aes et libram*, G., III, §§ 173, 174. Il y avait des dettes, dont on ne pouvait être efficacement libéré que par le paiement (fictif, en dernier lieu), par l'airain et la balance, en présence d'un *libripens* et des cinq témoins d'usage. Dans les paroles adressées au créancier par le débiteur, qui faisait le paiement, se trouvaient celles-ci : *hanc tibi libram primam postremamque expendo* (« Je pèse, pour vous payer, cette première et dernière livre »). L'idée est manifestement archaïque ; et les mots, dans leur sens littéral, absolument impropres, pour la transaction, dans la forme qu'elle avait atteinte longtemps avant l'époque de Gaius.

(17) G., I, 121.

(quia manu res capitur) a été acceptée de bien des côtés avec beaucoup trop d'empressement. Pour grande que soit l'autorité de Gaius, il n'était point infaillible, surtout dans une question d'étymologie. S'il y avait un point, sur lequel les juristes et grammairiens Romains étalaient leur faiblesse, c'était celui-là : ils le montrent, lorsqu'ils font dériver, apparemment avec le plus grand sérieux, *testamentum* de *testatio mentis*, *mutuum* de *de meo tuum*, *oratio* de *oris ratio* (18).

L'erreur fondamentale consiste à supposer que l'idée contenue dans le mot est *manu capere*, au lieu de *manum capere* (19). Il n'y avait point de préhension manuelle, dans le cas d'un terrain ou d'une maison, car les parties n'avaient pas besoin de se tenir auprès (20) ; et il ne pouvait y en avoir aucune dans la mancipation d'une servitude prédiale, car elle était intangible. Comme il a déjà été observé, le droit primitif n'avait pas de mot pour désigner spécialement la propriété. Le terme générique *manus* remplissait le but. On entendait par là le pouvoir ou droit du chef de famille sur les personnes et les choses qui lui étaient soumises (21). Par conséquent, *mancipere* ou *mancipare*, c'était simplement acquérir la *manus*, *i. e.* le pouvoir ou la propriété. Il se peut que l'acquéreur fût

(18) Voir plusieurs autres exemples dans Dukeri *Opusc. de latinitate J. Corum veterum*, Leyde, 1711. p. 462 *sq.* [Arch. Giur, 1887, XXXVIII, fasc, 1-2].

(19) On ne peut tirer aucun argument de *usucapere*, car ce mot signifiait en réalité *manum usu capere*. [Il me semble que ces deux notions ne sont nullement inconciliables entre elles. Voir *infra*, note 24].

(20) G. I, 121 ; Ulp., *Frag*, XIX, 6.

(21) Voir § 9, note 3. On trouvera des exemples de l'emploi du mot à propos de l'un ou de l'ensemble des membres sujets de la famille, dans Rossbach, *Die Röm. Ehe*, p. 28, et Voigt, *XII Tafeln*, vol. II, p. 84. Nous avons la preuve de son emploi à propos de choses dans le *manum conserere* de l'action *sacramenti in rem* (voir § 34, note 6.).

quelquefois appelé *manceps* (22). *Mancipium* (ou *mancupium*) était usité dans trois sens distincts, quoique voisins. — 1) le pouvoir ou l'autorité du *manceps*, et ainsi, synonyme de *manus* (23); — 2) la chose sur laquelle portait cette autorité, mais, le plus fréquemment, l'esclave (24); — 3) le procédér de droit par lequel toute personne et certaines choses *in manu mancipiove* étaient transférées et acquitses (25). Ce dut être de *mancipium* dans le dernier sens que l'on dériva la locution *res mancipi (i. e. mancipii)*.

(22) La progression est la même que dans *primus*, *princeps*, *principium*; *avis*, *auceps*, *aucupium*, *aucupari*, etc. *Manceps* se rencontre dans le sens de propriétaire dans Tertull., *De idol.*, 1. A la fin de la république et au commencement de l'empire il avait plusieurs significations spéciales, au sujet desquelles voyez Forcellini. [Egalement, Dirksen, Manuale juris. On trouvera la même explication du mot *manceps* dans H. Krueger *Geschichte d. capitis deminutio*, Breslau 1887, p. 115, et Pad. Cogliol, p. 217 a. Comp. Squitti *res mancipi e nec mancipi* Naples 1885, p. 70, Gaddi, *Muirh*, note 296].

(23) Comme dans A. Gelle, XVIII 6, 9.

(24) Just. *Inst.*, 1 3, 3, [Carle, *le orig. d. dir, rom.* p. 204, pense que *mancipium* désigna d'abord le prisonnier de guerre esclave, puis tout ce qui pouvait être pris avec la main, enfin toutes les choses soumises à la *manus*. L'esclave était le *manu captum* primitif et par excellence, et ce premier sens persista le dernier. — On trouve, dans cette interprétation, le lien entre les deux explications « *manu capere* et *manum capere* ». C'est en prenant avec la main, *i. e.* par la force matérielle qu'on acquiert au début la *manus*. Voir App. n. c.]

(25) Comme dans la disposition fameuse des XII Tables, « cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto ». Dans tous les cas, sans exception, où l'on avait recours au procédé du *mancipium*, il y avait acquisition de *manus*, au sens ancien du mot, — au cas de mancipation des choses, de *coemptio* (p. 84) ou pour donner un *filiusfamilias* en adoption, pour faire passer un *filiusfamilias* aux mains d'un tiers, en qualité de *mancipium*, et dans le but d'arriver à son émancipation ; de même pour une femme, afin de la libérer de la *manus* maritale ; également au cas d'abandon noxal d'un *filiusfamilias* ou d'un esclave à la partie qu'il avait lésée (p. 153) et de *familiae emptio* du testament *per aes et libram*, (p. 219), [Squitti, *op. cit.*, p. 15, fait remarquer qu'il y a lieu d'employer l'expression *personae mancipi*, pour les personnes libres, *in potestate*, *manu ou mancipio*, auxquelles le procédé de la mancipatio est applicable].

Si ç'avait été du premier, l'expression aurait dû être plus proprement *res in mancipio* ; et il est hors de question qu'on l'ait pu dériver du deuxième sens. Nous arrivons, par conséquent, à la même conclusion que Gaius (26), — que *res mancipi* signifiait une chose se transmettant par le procédé de la mancipation.

D'après l'énumération de Gaius et d'Ulpien, les choses contenues dans la classe des *res mancipi* étaient les fonds de terre et les maisons situés en Italie ou dans les districts provinciaux qui jouissaient du *jus italicum* (§ 52, n. 2), — en d'autres termes, les fonds de terre et les maisons tenus à titre quiritaire, ainsi que les droits de passage et d'aqueduc, les esclaves et les animaux domestiques, bêtes de trait ou de somme (bœufs, chevaux, mulets et ânes) ; toutes les autres choses, y compris les fonds provinciaux en général (dont la propriété restait à l'Etat), étaient *res nec mancipi*. A l'époque de Servius et pendant la plus grande partie de la république, la terre domaniale (*ager publicus*) en Italie fut, jusqu'à son appropriation par des propriétaires privés, également rangée parmi les *res nec mancipi* ; comme les autres choses de la même catégorie, elle se transmettait par simple tradition, tandis que les *res mancipi* ne pouvaient être transférées en pleine propriété que par mancipation ou abandon en justice. Nombreuses sont les théories proposées pour rendre compte de la distinction entre ces deux classes de choses et expliquer le principe déterminatif du choix, qui admettait les bœufs et les chevaux dans une catégorie, et reléguait les moutons et les porcs, les navires et les chars

(26) G., II, 22. [Sur le sens du mot *mancipium* et la relation entre *mancipium* et *res mancipi*, voir Squitti, *op. cit.*, p. 78 ; Padel. Cogl. p. 217, texte et note a ; Krueger, *Gesch., d. cap. dem.*, p. 84, 109, 119, *sq* ; Carle, pp. 203, 204, p. 432].

dans l'autre (27). En réalité, il n'y a guère de difficulté. Sous la constitution de Servius, ce qui servait à déterminer la nature et l'étendue des prérogatives politiques d'un citoyen, ses devoirs militaires et ses charges financières, c'était la valeur de son *heredium* (et de ses autres biens-fonds, s'il en avait) et de ce qu'on peut appeler ses accessoires, — les esclaves qui travaillaient pour la maison, les esclaves et les bêtes de trait ou de somme qui exploitaient la ferme et les servitudes de passage et d'eau qui allaient avec elle. Il se peut qu'avec le temps les esclaves,

(27) Voir un résumé des principales dans Danz, *Gesch., d. R. R.*, vol. I, § 119. [Joignez P. Viollet, *Hist. du dr.* p. 516, Squitti, *op. cit.*, notamment p. 45 et *sq* ; Padel. Cogl., p. 222 *sq*, spécialement p. 223 m ; Longo, *la mancipatio*, Florence 1886, Bonfante, *res mancipi e nec mancipi*, Rome 1888 ; Carle, *op. cit.*, p. 432 *sq* ; Krueger, *Gesch. d. cap. dem.*, p. 121 ; May droit romain, I, p. 245 *sq*. Appleton, *propr. prétor.* Paris 1889, p. 33. — Il me paraît exact de dire que la distinction n'eut de portée légale qu'à la suite des réformes de Servius Tullius, parce que seules les *res mancipi* furent comprises dans le cens. Mais la distinction ne dut pas être une création artificielle de la loi, mais bien plutôt la reconnaissance de l'état de choses existant. Il me paraît difficile de nier la relation entre la classe des *res mancipi* et l'agriculture. On ne comprendrait autrement ni les expressions d'Ulpien (*Frag.* XIX, 1), ni surtout la controverse entre les Proculiens et les Sabiniens, rapportée par Gaïus II, 15 (voir *infrà*, note 28). Pourquoi les Proculiens auraient-ils songé à exiger que les animaux fussent domptés, c'est-à-dire en état de rendre des services pour le travail agricole (Comp. L. Mai *Der Gegensatz u. die Controversen der Sabinianer u. Proculianer* Ludwigshafen 1886, p. 22 ; Carle, p. 442, n. 1). D'ailleurs cela n'empêche nullement d'ajouter une restriction, basée sur cette idée que les *res mancipi* ne doivent comprendre que les éléments fondamentaux du patrimoine, — le *capital fixe* par opposition au *capital circulant*, — comme nous dirions aujourd'hui. (Voir Kruegér, p. 121 ; Carle, pp. 434, 435, ce qui revient en somme assez aux idées de l'auteur). Quant à la notion, qui voit dans les *res mancipi* des choses acquises par la guerre, elle me paraît abuser de l'expression *manus*. Sans doute, à l'origine, la propriété s'acquiert par la conquête, par la force matérielle, mais il semble exagéré d'étendre cette conception primitive jusqu'à notre distinction ; au surplus, à ce point de vue, toutes choses pourraient être qualifiées *res mancipi*. — Sur le caractère limitatif de l'énumération de Gaïus et d'Ulpien, voir notamment Squitti, p. 1 *sq*].

sans exception, furent traités comme *res mancipi*, — c'est-à-dire sans considérer s'ils étaient employés à la maison ou à la ferme de leur maître, ou bien à une partie des terres publiques qu'il occupait (§ 19); et avec raison, car on les envoyait souvent de l'une à l'autre. Mais le bétail, qu'on faisait paître sur les prés publics, n'était pas plus *res mancipi* que les moutons (28). Dire que les choses choisies comme *res mancipi*, furent distinguées par Servius, parce qu'elles étaient les choses essentielles à une famille engagée dans des entreprises agricoles, ne répondrait pas à la vérité. Elles *constituaient* la *familia*, dans le sens de patrimoine propre de la famille (29) ; tandis que les troupeaux de gros et petit bétail et, avec le temps, toutes les autres choses appartenant au *paterfamilias* rentraient dans la dénomination de *pecunia*. C'est ainsi que les expressions doivent être entendues dans la phrase bien connue, usitée dans les testaments, *familia pecuniaque mea* (30).

SECTION 14. — EFFETS ACCESSOIRES DE SES RÉFORMES SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, DES SUCCESSIONS ET DES CONTRATS.

En faisant allusion, dans une section précédente (p. 37), aux institutions de famille des plébéiens, on a expliqué qu'avant le règne de Servius leurs unions n'étaient point,

(28) Ulpien (*Frag. XIX. 1*), dans son énumération des animaux qui étaient *res mancipi*, la limite expressément à ceux qui ont été domptés sous le joug et le fardeau, et, bien que Gaius, dans un passage, mentionne les bœufs, sans aucune condition, néanmoins, dans un autre, (II. 15) il rappelle que, suivant l'opinion de certains jurisconsultes, les animaux ne devenaient pas *res mancipi* à leur naissance, mais seulement quand ils avaient été domptés, ou au moins quand ils avaient atteint l'âge ordinaire de les placer sous le joug ou la sangle.

(29) Voir § 9, note 2.

(30) G., II 124.

suivant l'appréciation des patriciens tout au moins, regardées comme mariages légitimes (*justæ nuptiæ*) bien qu'entre eux elles aient pu être considérées comme efficaces et susceptibles de produire, sinon la *manus*, en tout cas la *patria potestas*. A cela, il y avait deux raisons — 1) que, n'étant point citoyens, ils ne possédaient pas la qualité préalable nécessaire aux *justæ nuptiæ*, à savoir, le *conubium*, et 2) que, n'étant point patriciens, la seule cérémonie de mariage connue de la loi leur était inaccessible. Le premier obstacle fut écarté lors de leur admission, par Servius, aux droits ordinaires des citoyens, le deuxième, par l'introduction de la cérémonie civile de mariage, la *coemptio* (1). Celle-ci était une adaptation de la *mancipatio* décrite dans la section précédente. L'efficacité de cette dernière, comme mode d'acquérir la *manus* sur les choses, une fois établie, son adoption par les plébéiens, maintenant citoyens jouissant du *conubium*, comme moyen d'acquérir la *manus* sur leurs femmes (2), était extrêmement naturelle. La balance, le *libripens* et les cinq témoins, tout était là ; mais, comme il n'y avait pas de prix réel à payer, le seul cuivre nécessaire était un simple *raudusculum*. Les paroles prononcées dans la céré-

(1) Voir Rossbach, *Röm. Ehe*, p. 65 *sq* ; Karlowa, *Röm. Ehe*, p. 43 *sq* ; Voigt, *XII Tafeln*, vol. II, §§ 158, 159 [Cogliolo indique (Padel. Cogl. p. 165 *g*) l'opinion d'après laquelle la *coemptio* serait aussi ancienne que la *confarreatio*. Comp. Gaddi (trad. Muirhead n. 51). On tire surtout argument de la sociologie ; l'achat de la femme correspond à un stade très ancien de l'humanité (Voir App. note b et note c en Obs. sur la n. B). La conclusion ne me paraît pas forcée ; car la *coemptio* ne se présente pas comme un achat réel de la femme, mais comme un achat fictif, une solennité.]

(2) Elle n'était pas nécessaire pour la création de la *patria potestas* qui, ainsi qu'en témoigne amplement l'histoire de la législation postérieure du mariage, était une conséquence civile nécessaire des *justæ nuptiæ*, quoiqu'il ait pu n'y avoir ni *confarreatio* ni *coemptio*.]

monie, et qui malheureusement ne nous sont pas parvenues, étaient forcément différentes de celles qui étaient prononcées dans une mancipation ordinaire (3). Suivant le témoignage d'un nombre considérable d'auteurs anciens, et comme le mot *co-emptio* lui-même semble l'indiquer (quoique ce soit contesté par le plus grand nombre des Romanistes modernes), l'achat nominal était mutuel : l'homme acquérait une *materfamilias*, qui devait lui mettre au monde des enfants et lui permettre de perpétuer sa famille, tandis qu'elle acquérait un *paterfamilias* qui devait l'entretenir pendant la durée du mariage, et dans la succession duquel elle prendrait une part, quand elle serait devenue veuve (4). La *coemptio* était accompagnée d'autres pratiques, décrites par beaucoup d'écrivains littéraires, mais qui étaient affaires d'usage et de mode, plutôt que de loi ; elle pouvait être, et, en fait, était souvent accompagnée aussi de rites religieux, qui, cependant, avaient un caractère privé, non pas public, comme dans la *confarreatio*.

C'est aussi à l'introduction de la mancipation qu'est dû un expédient employé par les plébéiens pour disposer de leurs biens en vue de la mort. Leur élévation au rang de citoyens ne leur donnait apparemment point accès aux comices par curies ; et, comme ce ne fut que bien des années après l'assassinat de Servius que les comices par centuries furent, pour la première fois, convoqués, ils n'avaient encore aucun moyen de faire des testaments, excepté peut-être sur le terrain, à la veille de la bataille. Ici donc, on tira de nouveau profit du moyen de la mancipation, non point en vérité pour faire un testament

(3) G. I, 123.
(4) Sur la *coemptio*, Voir Appendice, note B.

instituant un héritier et destiné à ne produire effet qu'à la mort du testateur. — la forme de la transaction, impliquant acquisition immédiate en échange d'un prix réel ou nominal, ne pouvait s'y prêter sans intervention législative. — mais pour transporter la *familia* (5) du cédant à un ami, techniquement *familiæ emptor*, en s'en remettant à lui pour en laisser la jouissance au cédant, pendant la vie de ce dernier (6), et, à sa mort, distribuer, suivant ses instructions, tout ce que le cessionnaire n'était pas autorisé à retenir pour lui-même (7). Cette transaction, comme bien d'autres du droit primitif, restait sans protection légale, en ce qui concerne les tiers que le cédant avait l'intention de gratifier ; ils n'avaient point d'action contre

(5) *Familia* était le nom collectif désignent l'*heredium* d'un Romain ses autres biens fonds, avec leurs esclaves et autres dépendances susceptibles de mancipation (§ 13 *in fine*), — un ensemble de *res mancipi*, par suite, lui-même susceptible de mancipation. La cession était universelle, *i, e*, que les éléments de cet ensemble, même les meubles, n'avaient pas besoin d'être transmis séparément, ni livrés dans le transfert ; sans doute la *familia* emportait, comme accessoire, la *pecunia*, au moins dans le cas de mention expresse.

(6) Sir Henry Maine (*Ancient Law*, p. 206) est d'avis que, la mancipation ne pouvant pas être soumise à une limitation de condition ou de temps, il devait y avoir dépouillement, non seulement immédiat, mais entier, du cédant. Mais ce résultat n'était pas forcé : c'était la chose du monde la plus commune, pour un cédant dans une mancipation, que de réserver un usufruit (G., II, 33) ; et il se peut que la réserve d'un usufruit dans sa propre *familia* fut interprétée encore plus largement que pour un usufruit ordinaire (Voir *infrà*, § 32).

(7) C'est une question de savoir quelle était la situation exacte des gratifiés par rapport au défunt, après l'exécution du fidéicommis. Etaient-ils obligés d'entretenir les *sacra* de la famille du défunt ? Ce ne pouvait être en qualité d'héritiers, car ils n'avaient point ce caractère. Peut-être est-ce en vue du cas de personnes dans cette situation que les pontifes commencèrent pour la première fois à modifier les règles sur ce sujet, adoptant comme principe régulateur, « Ut, ne morte patrisfamilias sacrorum memoria occideret, iis essent ea adjuncta ad quos ejusdem morte pecunia veniret » (Cic., *De leg.*, II, 19, 47). Voir § 32.

le fiduciaire, pour contraindre l'exécution de la charge : leur seule garantie était son intégrité, son respect pour la Fides. Cette aliénation *mortis causa* mais *inter vivos* fut le précurseur du testament *per æs et libram*, dont l'exposé sera rattaché (§ 32) aux dispositions des XII Tables sur la succession (7 *bis*).

Denys d'Halycarnasse attribue à Servius le mérite d'avoir été l'auteur de plus de cinquante décisions relatives aux contrats et aux crimes, qu'il dit avoir été soumises à l'assemblée des curies et approuvées par elles (8). Cette assertion ne peut guère être acceptée telle quelle. Qu'un petit nombre de ces lois ait été rendues par lui, soit en son nom, soit avec l'assistance des curies, comme, par exemple, la loi qui frappait des peines de confiscation des biens, flagellation et vente au delà du Tibre, comme esclave, le citoyen qui, périodiquement, manquait à se faire inscrire, lors des opérations du cens, — cela peut être admis sans difficulté ; mais la majorité d'entre elles n'étaient probablement rien de plus que la rédaction du droit coutumier en formulaire à l'usage des juges privés des causes civiles, qu'il institua, dit-on. Il y avait toutefois un contrat, bien connu plus tard sous le nom de *nexum*, qui reçut manifestement l'empreinte directe ou indirecte de sa législation. Dans son état normal, c'était

[7 *bis*. Sur la familiæ emptio et le testament *per aes et libram* voir Cucq, Nouv. Rev. hist., p. 533 *sq*. — On peut donner comme fondement juridique de cette adaptation de la mancipation au testament la règle « cum nexum faciet, mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto ». Cet adage peut très bien être considére comme autorisant l'emploi de cette forme dans des buts différents du but originaire. Il y aurait donc là la consécration de la loi de *l'économie des moyens*, la permission d'utiliser un procédé pour des objets différents. Voir Girard, histoire de la garantie (action *auctoritatis*). Nouv. Rev. hist. 1882, p. 203, n. 3. Comp. §§ 30, 32].

(8) Denys, IV 13.

un prêt de deniers, ou plutôt de cuivre brut qui, jusque-là, était ce qui en tenait lieu. Etait-il, avant l'époque de Servius, accompagné de quelque formalité, outre la pesée du métal dans la balance (ce qui était plutôt substance que forme), nous n'en savons rien, et la question de savoir quel droit il conférait au créancier sur son débiteur, à défaut de remboursement, ne peut être que matière à conjecture. Mais des indices montrent que, dans l'exercice du droit non défini de se protéger soi-même, les débiteurs en retard étaient traités avec une grande sévérité, saisis en guise de satisfaction, et jetés dans les fers par leurs créanciers. On rapporte, en effet, que Servius promit de payer lui-même leurs dettes pour obtenir leur élargissement, et de rendre une loi limitant aux biens de leurs débiteurs, le droit d'exécution de ceux qui prêtaient de l'argent à intérêt (9). Remplit-il la première partie de sa promesse, nous n'en sommes point informés; mais, quant à la seconde, elle était irréalisable; car le défaut de remboursement du prêt, de la part d'un débiteur, devait être, dans la plupart des cas, attribué précisément à son insolvabilité, à son manque de ressources pour satisfaire ses créanciers. De la sorte, Servius dut apparemment se contenter de régler et assurer la publicité du contrat, et de faire dépendre le droit, pour le créancier, de se faire justice à lui-même, par la main mise *(manus injectio)* sur son débiteur et son emprisonnement, de l'observation des formalités prescrites pour le *nexum*. Ces formalités étaient la pesée du cuivre que l'on avançait, dans une balance tenue par un *libripens* officier public; la repesée d'une seule pièce, en présence de cinq

(9) Denys, IV, chap. 9, 11.

citoyens témoins, et la délivrance, par le prêteur, de cette pièce représentant le tout (10) : en même temps, le prononcé de certaines paroles solennelles, dont l'effet était d'imposer à l'emprunteur une obligation de rembourser le prêt, d'ordinaire avec des intérêts, à un jour fixé. La conséquence de ce contrat, l'un des plus anciens contrat du *jus civile* indépendants, sera examinée plus à propos dans une section subséquente (§ 31).

L'extension des solennités du *mancipium* à des transactions aussi profondément différentes que le contrat de *nexum*, la *coemptio*, l'adoption, l'émancipation d'un *filiusfamilias*, la libération d'un débiteur et l'exécution d'un testament, a été commentée en ce sens qu'elle aurait manifesté une grande pauvreté d'invention de la part des anciens jurisconsultes Romains. Mais cette critique est imméritée. Dans tous ces actes, sans exception, comme on l'a déjà remarqué (11), la même idée se retrouvait impliquée, – l'acquisition de la *manus*, au sens primitif du mot (12). Dans tous, le procédé était destiné à assurer la réflexion chez les parties engagées dans la transaction, la certitude, quant aux termes de cette transaction, la publicité et la conservation de la preuve à la fois pour les

(10) Voir § 13, note 16.

(11) Voir § 13, note 25.

(12) Cela se produisait même au cas de contrat de *nexum* et de libération du débiteur en vertu d'un *nexum* ou d'un jugement. Dans le premier, en considération du prêt, le créancier acquérait sur son débiteur un pouvoir qui l'autorisait à le saisir et à l'emprisonner. Dans le second, en considération du remboursement du prêt, ou de l'exécution du jugement, le débiteur obtenait sa libération de ce pouvoir (*me a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra*, G., III 174) : en d'autres termes, il acquérait de nouveau sur lui-même cette *manus*, que le *nexum* ou le jugement avait conférée à son créancier (voir §§ 31, 36). [Sur la formule de la *nexi liberatio* voir Padel. Cogl. p. 257 e ; et sur le droit conféré, par le *nexum*, au créancier, sur son débiteur, p. 256 d. — Joignez App. note e].

res gestæ et les paroles échangées. Ces résultats sont atteints aujourd'hui par l'écriture, la signature, le sceau, l'attestation, l'enregistrement, et nous avons recours à ces solennités, ou à certaines d'entre elles, sans avoir égard à la nature particulière de l'affaire traitée. Les anciens Romains n'avaient point l'habitude de consigner leurs actes par écrit. Mais la procédure, dans son ensemble, était une garantie de circonspection. Le fait de toucher la balance avec un morceau de métal indiquait que la transaction était parfaite, aussi bien que l'emploi d'un sceau ; et l'accomplissement de l'opération entière, en présence de cinq citoyens, représentant le public, et tenus, en vertu de la loi, de rendre témoignage, quand ils en seraient requis (13), était un moyen, remplaçant l'insertion dans un registre public, aussi avantageux que la civilisation de l'époque en pouvait fournir.

Section 15. — Réformes dans le cours de la Justice (1).

Nous ne savons, sur le cours de la justice criminelle ou civile, dans la période royale, avant le règne de Servius, que peu de chose sur quoi on puisse faire fond.

(13) Les XII Tables, suivant A. Gelle (XV. 13, 11), contenaient une disposition d'après laquelle celui qui se serait laissé appeler comme *témoin*, ou aurait rempli le rôle de *libripens*, et refuserait de rendre témoignage, quand il en serait requis, serait privé de son honorabilité, deviendrait incapable, à l'avenir, d'accomplir aucun acte exigeant l'attestation de témoins, — d'y prendre part comme témoin ou d'en retirer aucun profit, — « Qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto. » Une décision de même sorte avait été probablement rendue auparavant par Servius. [Sur la *testificatio*, voir Padel. Cogl. p. 204 m, et, sur l'*intestabilitas* p. 292 h.]

(1) Clark, *Early Roman Law*, pp. 54 — 108 [Pad. Cogliolo, ch. VIII, IX, XXVI, XXVII.]

M. Clark dit, à propos de la procédure criminelle, et en résumant avec art nos faibles connaissances sur les fonctions judiciaires du roi : « Le roi agissant comme juge, se servant parfois de l'aide d'un conseil, parfois peut-être, dans des cas d'importance moindre, déléguant ses pouvoirs judiciaires à des *judices* simples particuliers ; assisté, dans la recherche des crimes capitaux, par les *quæstores parricidii;* instituant, à son gré, dans les cas de trahison, les *duumviri* extraordinaires; permettant, tout en n'étant peut-être pas tenu à le faire, un appel de ceux-ci aux bourgeois assemblés, — voilà tout ce que nous pouvons reconnaître avec quelque degré de confiance ». Ce serait, néanmoins, une erreur de supposer que le roi seul fût investi de la juridiction criminelle. Le *paterfamilias*, lui aussi, assisté d'un conseil dans les cas importants, était juge dans l'intérieur de la famille ; sa juridiction, quelquefois, excluait celle de l'état, d'autres fois, concourait avec elle, et ne pouvait être arrêtée même par un acquittement prononcé par elle. Lui seul était compétent pour les charges portées contre un membre de la famille, pour crime ou offense contre l'ordre domestique, — adultère ou impudicité de la femme ou de la fille, immoralité des fils, conduite désobéissante des enfants ou des clients ; et il y a, dans l'histoire, des exemples de son intervention judiciaire, quand une offense telle qu'un meurtre ou un vol, avait été commise par un membre de la famille contre un étranger, et même quand le crime avait été la trahison envers l'état (2). La mort, l'esclavage, le bannissement,

(2) Voir divers exemples dans Voigt, *XII Tafeln*, vol. II, § 94. Ils sont tous postérieurs à la période royale ; mais comme, avec le progrès des centuries, la tendance fut de relâcher, plutôt que d'augmenter les pouvoirs du *paterfamilias*, on peut admettre que, dans les premiers temps de Rome, son autorité judiciaire était tout aussi grande que durant la république.

l'expulsion de la famille, l'emprisonnement, les fers, le fouet, le retrait du *peculium*, tous ces châtiments étaient à sa disposition, et l'on peut aisément présumer qu'en les imposant il était plus libre de tenir compte de la culpabilité morale qu'un tribunal du dehors. Il n'y a que de légères indications d'une juridiction criminelle appartenant à la *gens*; mais son organisation était telle, qu'il est impossible de ne pas penser qu'on devait à l'occasion s'adresser à elle pour exercer ces fonctions, comme, par exemple, pour décider si la peine de la *sacratio capitis* avait été encourue par un membre du clan, accusé d'avoir mis à mort un de ses enfants, avant qu'il eût atteint l'âge de trois ans, contrairement à la loi de Romulus, ou d'avoir violé ses devoirs envers son client, contrairement à celle de Numa. Et l'on ne doit pas perdre de vue que, comme le meurtre semble avoir été le seul crime à l'égard duquel la vengeance privée était absolument exclue, la tâche judiciaire des rois doit avoir été, par là aussi, considérablement allégée; l'opinion publique, d'ailleurs, approuvait, loin de la condamner, la justice que l'on se rendait à soi-même, tant qu'elle se maintenait dans les bornes établies par l'usage et la coutume.

La démarcation entre les juridictions civile et criminelle, si même elle existait du tout, était très imparfaitement définie. Le vol et le brigandage, par exemple, d'après ce qu'on peut conclure de la place qu'ils occupaient dans le droit postérieur, étaient regardés comme des délits non publics, mais privés; et pourtant, quand un voleur était pris exerçant son métier de nuit, il pouvait être tué, et, pris sur le fait, de jour, il pouvait être vendu comme esclave. On ne peut guère douter que, dans le premier cas, et, peut-être, jusqu'à l'époque des XII Tables, on n'ait pu infliger un châtiment instantané, sans couleur de juge-

ment aucune; le vengeur courant le risque des conséquences si, par hasard, il s'était trompé en attribuant une intention criminelle à l'homme, dont il avait répandu le sang. Dans le deuxième, une méprise était invraisemblable, et ici encore on peut admettre que la partie lésée procédait à l'arrestation immédiate de l'offenseur, suivie de sa vente au-delà de la frontière, et sans aucune garantie judiciaire. Mais, dans les deux cas, on peut supposer aussi qu'on admit de bonne heure une pratique, plus tard formellement sanctionnée par les XII Tables, — celle de la composition fournie par le voleur pour sa vie ou sa liberté : le droit de se rendre justice à soi-même devint ainsi bien plus profitable à la partie lésée qu'à l'époque où l'on n'obtenait que la vengeance exercée sur l'auteur du dommage. Dans le cas de voies de fait, vols non manifestes et autres délits moindres, l'intérêt personnel devait, de la même manière, conduire bientôt à adopter d'une façon générale la pratique des compositions. Ce qui, à l'origine, était affaire de choix, vint, avec le temps, à être regardé comme un droit : et de là naquirent parfois des difficultés pour fixer le montant de la composition, et, par suite, la nécessité d'en appeler à un tiers. C'est là que se trouve, semble-t-il, l'origine de la juridiction royale pour les questions de cette sorte. Il était, en effet, la personne naturellement indiquée, pour lui renvoyer un conflit de ce genre ; lui seul, comme magistrat suprême, avait le pouvoir d'user de contrainte, pour empêcher la partie lésée de persister dans son droit de se rendre justice à elle-même, en présence de l'offre, par l'auteur du dommage, d'une réparation déclarée suffisante. Mais ce droit de se faire justice n'était point arrêté, au cas de refus de la réparation que l'on trouvait dûe ; et, comme la partie lésée était encore autorisée, à une époque bien postérieure, à assouvir sa vengeance sur

l'auteur du dommage, en le saisissant et en l'emprisonnant, on ne peut raisonnablement douter que ce ne fût aussi la pratique dans la période royale.

Comment les rois acquirent-ils juridiction dans les questions de droit quiritaire, telles que les conflits de propriété ou d'hérédité, c'est un point qui est loin d'être aussi facile à élucider. Dans l'intérieur de la famille, ces questions ne pouvaient pas se présenter, cela va de soi; si elles se présentaient entre membres du même clan, elles pouvaient être réglées par la *gens* ou son chef. Les paroles solennelles usitées dans l'action *sacramenti in rem* (§ 34) suggèrent l'idée qu'il a dû y avoir un temps, où la lance était l'arbitre des parties en lutte, où celles-ci, soutenues peut-être par les membres de leur clan ou leurs amis (3), étaient de véritables combattants, et où la victoire décidait du droit. Une procédure de ce genre ne pouvait pas subsister longtemps après l'institution de l'état. À Rome, il semble qu'on lui ait substitué, de très bonne heure, une procédure dont le caractère général paraît indiquer une soumission de la question de droit aux pontifes, dépositaires de la science juridique. Et ce point de vue n'est pas en conflit avec le passage bien connu de Cicéron, dans lequel il affirme qu'au début de la période royale, — contrairement à la pratique postérieure, — un simple citoyen ne jouait jamais le rôle de juge ou d'arbitre dans un procès civil (*lis*), mais que cela était toujours tranché dans la cour du roi (4); car cette cour peut très bien avoir été

(3) L'ordre de préteur aux parties d'aller sur le terrain *suis utrisque superstitibus præsentibus*, « chacun assisté de ses seconds », que Cicéron (P. Mur., XII, 26) trouve si absurde, est évidemment un reste de cet état de choses.

(4) « Nec vero quisquam privatus erat disceptator aut arbiter litis, sed omnia conficiebantur judiciis regiis » (Cic., *De rep.*, V, 2, 3.) Les anciens auteurs, Cicéron en particulier, fréquemment semblent dis-

composée des membres du collège des pontifes, dont le roi était le chef officiel. Mais leurs fonctions propres étaient des fonctions sacrées. Pour faire rentrer dans leur juridiction ce qui était une question de pur droit civil, ils y greffèrent un élément sacré, en exigeant de chaque partie un serment sur la vérité de sa prétention ; et le point sur lequel portait, en la forme, leur décision était de savoir lequel des deux serments était faux, et, par conséquent, devait entraîner une expiation. Au fond, cependant, c'était un verdict sur la véritable question en litige : et la partie en faveur de laquelle il avait été rendu, avait toute liberté de lui faire produire ses effets, au besoin en se rendant justice à elle-même, par la voie ordinaire (5).

Denys d'Halycarnasse nous dit de Servius, — en employant, comme cela lui arrive souvent, un langage plus approprié à l'époque républicaine qu'à l'époque royale, — qu'il traça une ligne de démarcation entre les procès publics et privés; et que, retenant en sa main les premiers,

tinguer entre *lites* et *jurgia;* mais il y a, chez les modernes, de grandes divergences d'opinion sur le point de savoir si la distinction était bien fondée, et, en admettant son existence, en quoi elle consistait. Karlowa (*Rom. C. P.*, § 1 — 6) émet l'avis (qui pourtant n'a reçu que peu d'accueil, et présente beaucoup et de sérieuses difficultés), que *lites* étaient les procès 1) fondés sur une loi ou une coutume déterminée et certaine, (l'une et l'autre, d'après lui, comprises dans le mot *lex*), et 2) poursuivis soit par une *legis actio sacramenti* *infra*, § 34), ou plus tard) une *legis actio per condictionem* (*infra*, § 41) ; tandis que *jurgia* étaient 1) fondés sur le *jus* indéterminé, dont le roi, le consul ou le préteur, dans l'exercice de sa *jurisdictio* était l'organe et 2) présentés sous la forme d'une demande d'institution d'un juge (délégué), (la *legis actio per judicis postulationem*, *infra*, § 35). Si cette opinion est exacte, le champ d'intervention possible des rois dans les affaires judiciaires en serait considérablement agrandi. Mais le seul point de cette distinction absolument certain est que les questions engagées *per sacramentum* et (plus tard) *per condictionem* étaient des *lites* et non des *jurgia*.

(5) Pour les détails, voir *infra*, § 34.

(6) Denys d'Hal., IV, 25.

il renvoya les seconds devant des juges privés, et réglementa la procédure à suivre dans les causes portées devant eux (6). L'attribution des fonctions judiciaires à un simple citoyen, choisi pour chaque cas particulier, à mesure qu'il s'en présentait, et agissant en vertu d'une commission du préteur, au lieu de fonctionnaires permanents formés dans ce but, fut l'un des traits remarquables du système romain et contribua puissamment au développement de cette faculté d'instinct juridique, qui produisit, à l'occasion, de si admirables résultats. Il est, par conséquent, intéressant de rechercher si l'on doit réellement faire honneur à Servius de l'institution du juge privé. Ses réformes dans d'autres directions étaient de nature à entraîner presque impérieusement des changements dans l'organisation judiciaire existante. Il était en voie d'accroître énormément le nombre des citoyens, — c'est-à-dire de ceux qui devaient jouir à l'avenir des privilèges du droit quiritaire, — et multipliait ainsi les sources des contestations à trancher par les tribunaux. Il n'est pas improbable non plus, s'il y a quelque vérité dans l'assertion qu'il fut l'auteur d'une cinquantaine de lois sur les contrats et les crimes (7), qu'il ait jugé à propos d'édicter des règles pour réfréner encore la justice privée, et établir quelque chose qui ressemblât à une pratique uniforme, en fixant le montant de la composition ou réparation pour les délits moindres. Tout cela augmentait le fardeau de l'office judiciaire ; en sorte, que la mention, qui nous est rapportée, de l'institution, par Servius, de *judices* privés, agissant

(7) Denys, IV, 13. Elles furent, dit-on, rapportées par son successeur au trône ; « ignorées », serait une expression meilleure, si l'on considère qu'apparemment la grande majorité d'entre elles au moins n'étaient pas décisions des comices, mais seulement des instructions aux *judices* nouvellement institués.

en vertu d'un renvoi émané du prince, quand il trouvait une cause suffisante d'action alléguée, est plus que croyable.

Il subsiste cependant la question de savoir si son intention était que ces juges, institués par lui, n'eussent point de caractère officiel, mais fussent choisis parmi les citoyens patriciens, pour chaque cas, à mesure qu'il s'en présentait, siégeant isolément (*unus judex*) dans les cas ordinaires? Ou bien, était-ce un ou plusieurs collèges de magistrats qu'il voulut établir? Pomponius fait allusion à deux tribunaux de ce genre, celui des *centumviri* et celui des *decemviri litibus judicandis*. Le tribunal centumviral (8), et les causes centumvirales sont souvent mentionnés par Cicéron, et la sphère de leur juridiction semble avoir compris toutes les questions possibles de *manus*, au sens ancien du mot, — l'état des individus, la propriété, les servitudes (8 *bis*), la succession testamentaire ou *ab intestat*; en d'autres termes, toutes les questions de droit quiritaire. A l'époque de Gaius, les seules affaires qui paraissent avoir été portées devant le tribunal centumviral, étaient les questions d'hérédité du *jus civile*; mais la lance, emblème du droit quiritaire en géné-

(8) Bibliographie : Schneider, *De Cvirali judicio apud Romanos*, Rostochii, 1834, et compte rendu de Zumpt, dans les *Krit. Jahrb.* de Richter vol. III (1839) p. 475 *sq.*: C. G. Zumpt *Ueber Ursprung, Form, u, Bedeutung, d. Centumviralgerichts*, Berlin, 1838; Huschke, *Serv. Tullius*, p. 585 *sq.*: Bachofen, *De Romanorum judiciis civilibus*, Gottingue, 1840, p. 9 *sq.*; Puchta, *Instit.* vol I § 153; Keller, *Rom. C. P.*, § 6; Bethmann-Hollweg, *Gesch. d. C. P.*, vol. I, § 23; Clark, *Early Roman Law*, p. 103 *sq*; Karlowa, *Rom. C. P.*, p. 247 *sq.* [Chenon, le *Tribunal des centumvirs*, Paris, 1881, Padel. Cogliolo. p. 306 i.]

[8 *bis*) « Easement and burden « littéralement, « droits et charges de servitudes », c'est-à-dire servitudes envisagées au point de vue du fonds dominant et du fonds servant.]

ral, était encore son enseigne (9). Nous ne possédons aucune mention nette de son existence, avant le commencement du sixième siècle (10); mais la nature de sa juridiction, et la considération que le passage du tribunal composé d'un juge unique au tribunal composé de cent membres serait l'inverse de ce que la connaissance de la procédure romaine nous conduirait à attendre, mènent à penser que son origine doit avoir été relativement ancienne, qu'elle est probablement dûe à Servius. Mais il est impossible, même en se basant sur une autorité aussi éminente que celle de Bethmann-Hollweg (11), d'admettre l'opinion que c'était un tribunal plébéien, composé de membres plébéiens, et destiné à rendre la justice seulement aux citoyens plébéiens. Cela irait à l'encontre de tout ce que nous lisons du monopole du droit entre les mains des patriciens (12), jusqu'à la publication de la collection Flavienne (*jus Flavianum*), au milieu du cinquième siècle (§ 50), et rendrait inintelligible ce que dit Tite-Live des honneurs conférés à l'auteur de cette divulgation, par les plébéiens reconnaissants. Ce doit avoir été, à l'origine au moins, un tribunal de patriciens, possédant une juridiction dans les questions de droit quiritaire survenues entre patriciens ou plébéiens.

(9) » Hasta signum justi dominii; ... unde in centumviralibus judiciis hasta præponitur » (G., IV, 16). Pomponius (Dig. I, 2, fr. 2, § 29) désigne le tribunal centumviral sous le nom de *hasta*, et Suétone (*Aug.*, 36) sous celui de *centumviralis hasta*.

(10) Paul. Diac., dans son abrégé de Festus v. *Centumviralia* (Bruns, p. 264, dit qu'après l'accroissement du nombre des tribus à trente-cinq (*anno* 513 U. C), trois membres furent choisis dans chacune d'elles comme juges, (*electi ad judicandum*); et que, bien que leur nombre fût ainsi de 105, ils furent néanmoins appelés *centumviri*, pour plus de simplicité.

(11) *Gesch. d. C. P.*, vol. I, p. 57 *sq.*

(12) Liv. IX, 46, 5. V. également Cic., *P. Mur.*, XI, 25.

C'est aussi Pomponius qui rapporte (13) que, peu après la création de la deuxième préture (qui eut lieu en 507, ou environ), certaines personnes furent désignées, sous le titre de *decemviri litibus judicandis*, comme présidents du tribunal centumviral. On a essayé de les identifier avec les *judices decemviri*, mentionnés dans les *leges sacratæ*, qui suivirent la seconde sécession, en l'an 305 U. C. et de faire également remonter leur institution à Servius. Il se peut que les *decemviri* de Pomponius aient été les successeurs de ceux, dont il est fait mention dans les lois Valerio-Horatiennes, et dont la personne était déclarée, par ces lois, inviolable, comme celle des tribuns et des édiles. Mais il n'y a aucun semblant de raison pour les rattacher aux réformes de Servius. Les decemvirs Valerio-Horatiens étaient des magistrats plébéiens, agissant sous la direction des tribuns et des édiles (p. 108), et ne peuvent avoir existé qu'après l'institution du tribunat (14).

Que Servius ait entendu substituer au roi et aux pontifes un tribunal nombreux de citoyens, pour juger les questions de droit quiritaire, en vertu d'une délégation

(13) Voir la citation dans la note 9.

(14) Les théories soutenues à propos du tribunal centumviral et au tribunal décemviral sont très variées. Les uns identifient les *centumviri* avec le Sénat de 100 membres de Romulus, et les *decemviri* avec ses *decem primi*, *e. g.* Sanio, *Varroniana in d. Schriften d. Röm. Juristen* (Leipsig, 1867) p. 123, Kuntze, *Excurse*, p. 115 et (dans une certaine mesure) Karlowa, p. 249. D'autres — *e g.* Niebuhr., Bachofen et Bethmann-Hollweg attribuent l'institution des deux collèges à Servius Tullius. D'autres, — *e. g.* C. G. Zumpt — considèrent leur établissement comme contemporain des XII Tables; d'autres encore, — *e. g.* Puchta, Huschke, et Keller — font honneur à Servius de la création du décemvirat, mais reculent l'établissement du centumvirat au sixième siècle, au plus tôt. [Joignez le mémoire de Padeletti dans l'Archivio Giuridico, vol. XV; Cogliolo, *Saggi di Evoluzione*, p. 101; Padel Cogl. p. 299 b.]

émanée de lui-même, cela est en harmonie complète avec l'esprit général de ses réformes. Ce n'étaient pas simplement des contestations individuelles, qu'ils avaient à trancher, mais un droit qu'ils avaient à édifier à l'aide de leurs jugements, et qui devait être d'une application générale et permanente ; et, comme il était hors du pouvoir du roi d'entreprendre cette tâche, qu'y avait-il de plus propre à le remplacer, qu'un tribunal composé de ses conseillers, agissant sous la direction des pontifes (15)? Mais il y avait bien des cas, réclamant une intervention judiciaire et dans lesquels il n'y avait point de question de droit quiritaire à déterminer, mais seulement une question de réclamation personnelle, — d'obligation alléguée en vertu d'un acte, ou licite, ou illicite, et déniée soit *in toto*, soit seulement quant à son montant. On estimait que des affaires de cette sorte n'engageaient aucun principe général de droit, mais se ramenaient plutôt à de simples contestations ou dissentiments au sujet de faits, qui pouvaient très bien être tranchés par un seul juge. C'est pour ces espèces que fut introduit l'*unus judex*, nommé pour chaque cas, à mesure qu'il se présentait, et remplissant réellement le rôle de délégué du roi. Ce fut le début d'un système, qui porta plus tard des fruits merveilleux et finit par renverser entièrement le tribunal imposant des centumvirs.

(15) Pomponius dit (*Dig.* 1, 2, fr. 2, § 6) que, même après les XII Tables, le collége des pontifes nommait annuellement l'un d'entre eux pour présider les instances judiciaires privées.

PARTIE II

LE JUS CIVILE

DE L'ÉTABLISSEMENT DE LA RÉPUBLIQUE JUSQU'A LA SOUMISSION DE L'ITALIE CENTRALE ET MÉRIDIONALE.

PARTIE II

LE JUS CIVILE

DE L'ÉTABLISSEMENT DE LA RÉPUBLIQUE, JUSQU'A LA SOUMISSION DE L'ITALIE CENTRALE ET MÉRIDIONALE.

CHAPITRE PREMIER

ÉVÉNEMENTS HISTORIQUES, QUI EURENT DE L'INFLUENCE SUR LE DROIT.

Section 16. — Le Remplacement du Roi par les Consuls

L'établissement du consulat ne fut pas accompagné des résultats heureux, qui devaient avoir été escomptés par un grand nombre de ceux qui s'étaient réjouis de l'expulsion des Tarquins. Les guerres de représailles, qui suivirent, coûtèrent à Rome une grande partie de son territoire. L'affluence des richesses venues de l'Etrurie fut subitement tarie ; et le retour des immigrans Toscans dans leur pays arrêta en même temps l'esprit d'industrie et de négoce, qui avait commencé à se développer. Un champ considérable d'industrie fut ainsi fermé, et les classes pauvres se virent réduites, pour tout moyen d'existence, à une agriculture chétive. Elles ne trouvaient, dans les classes supérieures, que peu de sympathie. Quoique, dans les cités du Latium, les gens du peuple semblent en général avoir été rangés au nombre des citoyens, avoir participé

réellement au gouvernement, aussi bien qu'au service militaire et aux impôts, néanmoins, à Rome, cette situation leur était refusée en pratique ; car la constitution de l'assemblée centuriate était telle que le vote, auquel ils avaient nominalement droit, n'était plus qu'un vain mot. La prédominance patricienne devint bientôt plus marquée et plus oppressive qu'à l'époque des anciens rois. Les consuls ne furent nullement moins puissants qu'ils ne l'avaient été eux-mêmes. Ils eurent le même *imperium*, conféré de la même façon ; et en vertu duquel ils purent rendre et faire exécuter les décrets qu'il leur plaisait. Ils couraient peu de risque d'être accusés à leur sortie de charge, aussi longtemps qu'ils ne furent responsables que devant les comices par centuries, et pourvu qu'ils n'eussent rien fait pour diminuer les privilèges ou froisser les préjugés de ceux par qui ils avaient été en réalité nommés. Il leur était possible de faire beaucoup pour l'allégement de la situation des plébéiens, l'apaisement des dissensions et la fusion des divers éléments de la population de manière à arriver à l'unité et à la cohésion de la communauté ; mais plusieurs ne se souciaient pas de profiter de ces occasions, et, dans le petit nombre de ceux qui étaient animés de plus nobles sentiments, la plupart craignaient d'encourir l'inimitié de leur ordre, qui, d'habitude, livrait à la mort ou à l'exil ceux qui avaient le courage de lui résister. Les temps aussi étaient contraires. Une continuité de petites guerres drainait les ressources des paysans ; les engageait dans des dettes, dont il leur était presque impossible de se libérer, — dettes contractées envers les prêteurs patriciens. C'étaient, en effet, les classes supérieures, qui monopolisaient les seules petites richesses, dont Rome pût maintenant se vanter ; richesses amassées en partie par l'exploitation de leurs tenures des terres publiques, par

l'entremise de leurs clients et de leurs esclaves, en partie aussi par leur sévérité barbare envers leurs débiteurs, dont les gages étaient rarement rachetés, et qui, trop souvent, étaient réduits, comme dernière ressource, à se donner eux-mêmes en gage à leurs créanciers, afin d'obtenir de nouvelles avances.

Le résultat inévitable de cette malheureuse situation fut un sentiment amer d'hostilité, de la part des plébéiens, à l'égard des patriciens et du nouvel ordre de choses, — une hostilité, qui se manifesta, non pas simplement par des exemples isolés, mais par un esprit de désaffection général, et qui gagnait de proche en proche. En fait, alors que leurs désirs tendaient au fond à l'égalité des droits politiques, et à la participation aux privilèges les plus essentiels dont jouissaient leurs concitoyens patriciens, le traitement ignominieux qu'ils recevaient de ces derniers, les poussait à se liguer contre eux pour les besoins d'une action commune. Ils allèrent même si loin qu'ils en vinrent à former des sortes de corporations dans l'intérieur de leurs tribus, et à établir le culte de Liber, Libera et Cérès, comme leurs divinités tutélaires propres, correspondant à la triade divine du Capitole (1 *bis*). Ils furent ainsi en situation de faire cause commune contre les patriciens ; et ils en usèrent si efficacement que souvent ils refusèrent de se joindre à eux pour une campagne, et que, trois fois, ils se retirèrent en corps de la cité, avec la menace d'une rupture complète de rapports avec Rome. En de pareilles occasions, il n'y eut que la promesse tardive de la réforme de quelque abus accablant, à introduire dans la législation sous la sanction du serment (*leges sa-*

[1 *bis*. Jupiter, Junon, Minerve.]

cratæ) et les appels à leur patriotisme et à leurs intérêts communs en face d'un ennemi, qui purent les amener à renoncer à leur résolution.

Section 17. — Les inégalités Politiques supprimées.

Ce ne fut point par une réforme large et bien mûrie, dictée par des considérations de justice, que les plébéiens finirent par atteindre une situation politique égale à celle de l'ordre supérieur, mais par des fragments de législation extorqués de temps en temps aux patriciens, contre leur volonté, et quand Rome était en péril par suite de dissensions du dedans, ou de démonstrations hostiles du dehors. Ce fut la première sécession, en l'an 260 U. C., faite par ressentiment de l'échec subi par M. Valérius, en cherchant à obtenir l'approbation des patriciens, pour ses propositions d'allégement de la condition des débiteurs insolvables, qui amena le tribunat. La décision, qui l'établit, fut le résultat d'un traité entre les deux ordres, presqu'aussi solennel que s'il avait été conclu avec les cérémonies féciales entre deux états indépendants. L'institution de la nouvelle magistrature donna aux plébéiens un pouvoir, dont ils purent se servir comme d'un levier, qui leur fut d'une grande utilité dans leurs luttes ultérieures. En leurs tribuns, dont la personne était déclarée sacrée et inviolable, et dont le nombre fut, avec le temps, porté à dix, ils obtenaient des représentants, qui pouvaient exposer officiellement leurs griefs, et des protecteurs qui, dans l'enceinte de la cité, pouvaient arrêter l'exécution d'un décret ou une levée de troupes pour une campagne, pouvaient infliger des amendes à ceux qui désobéissaient à leurs ordres, faire même passer un consul en jugement pour méfaits commis dans ses fonctions, et empêcher l'élection

de nouveaux magistrats, quand les plaintes restaient trop longtemps inécoutées.

Les plébéiens acquirent, comme pouvoir dans l'état, une solidité encore plus grande par la reconnaissance constitutionnelle, faite en 283, de la compétence, en matière d'élection et de législation, de leur assemblée (*concilium plebis*). Elle s'était souvent réunie auparavant et avait souvent pris des résolutions (*plebiscita*) (1). Ce fut néanmoins seulement alors que, pour la première fois, elle prit sa place parmi les institutions de la république, et que ses résolutions obtinrent une autorité indiscutable pour les plébéiens eux-mêmes ; tout en ne liant l'ensemble des citoyens que lorsqu'elles avaient été, — comme il arriva à l'occasion, — sanctionnées par un sénatusconsulte (2).

La deuxième sécession, en 305, eut pour résultat de renverser le décemvirat, créé dans le but de donner satisfaction aux demandes des plébéiens en vue de la codification du droit ; elle fut suivie immédiatement par les lois Valerio-Horatiennes, qui rétablirent le régime antérieur de magistrature. Une de leurs dispositions disait que quiconque attenterait à la personne d'un tribun du peuple, d'un édile ou de l'un des « *decemviri judices* » verrait sa tête vouée à Jupiter, et sa fortune à Cérès (3). Les édiles,

(1) La loi Icilia, donnant au tribun président une assemblée de plébéiens le pouvoir d'empêcher, par des moyens rigoureux, les patriciens de la troubler, est placée par Denys en l'an 262 ; des historiens, *e. g.* Schwegler, doutent de l'exactitude de cette date.

(2) Comme dans le cas de la loi Terentilia, qui eut pour résultat la compilation des XII Tables, la loi Canuleia, sanctionnant le mariage entre patriciens et plébéiens, etc. [Sur les *concilia plebis* et les *comitia tributa*, comp. App. note a].

(3) Liv. III 55. [Mommsen conjecture que la loi *Valeria Horatia de trib. potestate* concernait les *Xviri stil. judic.* — Comp. Gaddi, *Cronologia delle leggi* p. 522.]

dont il est fait ici mention, avaient été nommés pour la première fois lors de l'institution du tribunat : ils étaient les auxiliaires des tribuns, avaient la surveillance du marché, où les plébéiens vendaient leurs produits, étaient gardiens du temple de Cérès (4), et spécialement chargés de la surveillance, dans ce temple, des sénatus consultes qui confirmaient les plébiscites. Les « dix hommes juges » (*judices decemviri*) devaient probablement leur institution aux tribuns eux-mêmes ; ils semblent avoir été des juges pour les procès civils, qui s'élevaient entre plébéiens, exerçant leurs fonctions sur une délégation d'un tribun ou d'un édile.

Suivant Mommsen, la création des comices par tribus est due aux mêmes lois Valerio-Horatiennes (5). S'il en fut ainsi, l'objet de cette création dut être, non pas tant de favoriser les plébéiens que d'affaiblir le pouvoir des tribuns. En effet, bien que la nouvelle assemblée fût, comme le *concilium plebis*, basée sur l'organisation par tribus, avec un vote par tribu, néanmoins les patriciens y avaient accès aussi bien que les plébéiens, et le droit de la convoquer et de la présider n'appartenait qu'à des magistrats patriciens. Et ainsi, tandis qu'il y avait là un semblant de concession à la préférence plébéienne pour l'organisation par tribus, c'était le magistrat qui la convoquait, qui avait le droit de déclarer quelles propositions lui seraient soumises. Cette assemblée avait cet avantage, — que ses résolutions constituaient des *leges*, même sans l'approbation d'un sénatus consulte ; mais aussi ce désavantage, — qu'à

(4) On a émis l'idée que leur désignation officielle à l'origine peut avoir été *ædiles cereris*.

(5) Mommsen, *Ræm Forsch.*, vol. I, p. 164. Il estime que le passage de Tite-Live « ut, quod tributim plebs jussisset, populum teneret », devrait être lu « quod tributim populus jussisset, » etc. Voir aussi Karlowa, *Ræm. R. G.*, p. 118 *sq.*

l'exemple des résolutions des centuries, elles ne prenaient point rang parmi les *leges*, sans l'autorité des patriciens (*auctoritas patrum*), laquelle finit, à la vérité, par n'être plus guère qu'une question de forme, et, à partir de la loi Publilia, en 415, fut conférée à l'avance. Quelle qu'ait pu être exactement la relation existant, au point de vue constitutionnel, entre les deux assemblées, il y avait assez de différence entre elles pour les empêcher de s'amalgamer ; chacune suivait sa propre pente, l'une convoquée et présidée par un consul ou un préteur, l'autre toujours par un tribun ; les comices par tribus s'occupant, suivant l'occasion, de législation générale sur des matières de droit privé, le conseil des plébéiens, plus actif que l'autre assemblée, consacrant plus particulièrement son attention au redressement des torts, qui affectaient spécialement ses propres membres. Tout ce qui manquait au *concilium plebis*, pour devenir un mécanisme législatif aussi efficace que les comices, étaient que ses résolutions prissent rang de *leges* sans qu'il fût besoin d'un sénatus consulte pour les confirmer. Tite Live dit que la loi Publilia, de 415, contenait une disposition en ce sens ; mais aucune autre autorité ne vient, sur ce point, corroborer la sienne. Ce fut par la loi Hortensia, de 467, passée immédiatement après la troisième sécession, que la réforme, si tant est qu'elle eût jamais été proposée auparavant, fut enfin et définitivement accomplie : « Cette loi déclara », dit Gaius, « que les plébiscites seraient obligatoires d'une façon générale, et ainsi placés sur un pied d'égalité avec les décisions des comices ». Et, à partir de cette époque, on ne peut guère douter que les patriciens, maintenant devenus un corps numériquement insignifiant, ne fussent libres de prendre part au vote de leur tribu, dans l'assemblée plébéienne, toutes les fois qu'ils le désiraient.

Les plébéiens ne furent ni moins résolus, ni moins heureux dans leurs revendications, qui avaient pour objet de réclamer une participation aux honneurs de l'état. Mais ce fut une lutte plus difficile. L'argument qu'on ne cessait de leur opposer, était qu'il n'était pas possible de commettre le gouvernement suprême de la république, fondée divinement et divinement protégée, à des gens que leur naissance privait de la communion avec les dieux (*auspicia*); que remettre les choses sacrées (*res divinæ*) de la cité entre des mains profanes, serait attirer sur elle le couroux du ciel. Le premier combat bien déterminé sur la question eut lieu en 309. Une disposition des XII Tables avait, peu d'années auparavant, déclaré le mariage interdit entre patriciens et plébéiens. C. Canuleius fit prendre à l'assemblée des plébéiens une résolution portant que cette odieuse loi, proclamation permanente de l'inégalité sociale autant que politique, serait abrogée; et il lui en adjoignit une seconde, — que le consulat serait ouvert aux plébéiens. Ces propositions à la main, il se présenta devant le sénat (où les tribuns avaient accès, mais sans le droit de vote) et demanda la confirmation d'un sénatusconsulte. Après avoir beaucoup discouru violemment, dénoncé avec mépris le caractère relâché des relations matrimoniales de l'ordre inférieur, dénuées de la sanction des auspices et de la consécration des sacrifices; après avoir beaucoup déclamé, plus ou moins sincèrement, sur la sainteté de la république, le sénat se détermina à accepter la première résolution, mais refusa d'adopter la seconde. Canuleius était disposé à demeurer satisfait de sa victoire; il concevait, — et les événements prouvèrent qu'il avait raison, — qu'une fois les mariages mixtes, non seulement sanctionnés par la loi, mais réalisés, il suffirait de peu d'années pour effa-

cer les distinctions, au point de rendre relativement aisé le progrès vers l'égalité complète. Cependant ses collègues insistèrent pour donner suite à la deuxième résolution. Le résultat fut un compromis, par lequel on convint de substituer aux consuls six tribuns militaires, avec pouvoirs consulaires, trois de chaque ordre; mais, quoique les nouveaux magistrats fussent nommés à l'élection, il se passa plus de quarante ans avant qu'un plébéien prît place parmi eux.

En 378, une proposition encore plus audacieuse fut faite par C. Licinius Stolon, un des tribuns, qui avait épousé la fille d'un patricien distingué, et L. Sextius, l'un de ses collègues. Ils soumirent trois rogations à l'assemblée plébéienne : la première demandait qu'on élût de nouveau des consuls, au lieu de tribuns militaires, la seconde traitait de l'occupation des terres de l'état (§ 19) et la troisième, de la législation des dettes (§ 20). Ces propositions passèrent promptement dans l'assemblée des plébéiens, mais furent en même temps rejetées par le sénat. La lutte dura neuf années ; huit fois, les mêmes mesures identiquement ne furent votées par l'un des corps que pour être rejetées par l'autre. Pendant tout ce temps, Licinius et ses collègues furent régulièrement réélus par leurs commettants reconnaissants et résolus ; et, durant les cinq dernières années, dans l'espoir d'amener le sénat à la raison, ils employèrent leur veto à empêcher l'élection des magistrats suprêmes. Ce ne fut que lorsque une guerre avec Vélitres devint imminente, que le patriotisme de Licinius le lui fit retirer. Sa modération eut sa récompense : car, en 387, il eut la satisfaction de voir ses propositions acceptées, et, l'année suivante, son collègue, L. Sextius, installé en qualité de premier consul plébéien. Mais la fonction, en possession de laquelle on le mettait, avait été dé-

pouillée de quelques unes de ses prérogatives. Et en effet, de même que le *regimen morum*, et le contrôle virtuel de l'admission au sénat (*lectio senatus*) avaient été disjoints des prérogatives consulaires et confiés à un censeur patricien, lors de l'établissement du tribunat militaire, de même aussi l'office judiciaire suprême (*jurisdictio*), fut séparé du consulat, une fois ouvert aux plébéiens, et l'on en investit un préteur patricien (§ 43) ; on remettait en même temps la garde des temples à des édiles curules. La séparation, pourtant, ne dura pas longtemps. Avec l'admission des plébéiens au consulat, le reste n'était plus qu'une question de temps. Dans l'espace de trente années, la dictature, la censure et la préture eurent cessé d'être des charges exclusivement patriciennes. Le dernier pas fut fait par la loi Olgunia, de 454, qui ouvrit le pontificat ; ce ne fut néanmoins qu'en 502 qu'un plébéien arriva en réalité à la dignité suprême de *pontifex maximus*.

Section 18. — Incertitude du Droit.

Les derniers rois, à l'exception du tout dernier, dans leur désir de se concilier les plébéiens, qu'ils regardaient, nous dit Cicéron, comme étant en quelque sorte des clients royaux, avaient soin de leur faire rendre la justice, dans leurs rapports privés, sinon comme à des citoyens ayant qualité pour réclamer, comme un droit, la protection des lois, au moins comme à des sujets, envers qui le refus de protection serait une sorte de trahison de patron, et une grave faute politique. Ce que l'on indique comme les cinquante lois de Servius sur les contrats et les délits n'était probablement qu'une série d'instructions adressées à ceux qu'il chargeait de remplir, sous ses ordres, les fonctions de juge (p. 74) ; mais le fait, qu'on les lui attribue, indique

un effort de sa part pour assurer que la dispensation de la justice ne serait ni négligée, ni laissée au caprice ou au hasard, appliquant une règle aujourd'hui, une autre demain. Avec le consulat et le dédain des lois et instructions royales, tout cela changea. Les consuls, harassés par leurs occupations militaires, ne pouvaient avoir que peu de temps à consacrer à leurs fonctions judiciaires, ou, plus proprement, aux instructions qu'ils donnaient à ceux à qui ils déléguaient la charge de rechercher et de juger le mérite d'une plainte; et le changement annuel des magistrats dut lui-même être un sérieux obstacle à l'uniformité, soit de la règle, soit de la pratique, aussi longtemps que le droit ne reposa que sur la coutume non écrite. On peut bien penser aussi que, lorsque les sentiments étaient tellement aigris entre les deux ordres, ce n'était pas chose rare de voir un consul exercer les pouvoirs répressifs, qu'il avait comme magistrat (*coercitio*), avec une sévérité excessive, quand c'était un plébéien qui en était l'objet, ou de prêter une oreille sourde aux appels à la justice qui lui étaient adressés de ce côté. L'état des choses était devenu si intolérable, qu'en l'année 292, C. Terentilius Arsa, l'un des tribuns, fit la demande qu'on nommât une commission, afin de définir par écrit la juridiction des consuls, de manière à arriver à mettre un frein à leur application arbitraire, tyrannique et oppressive de ce qu'il leur plaisait d'appeler la loi. Ses collègues l'engagèrent à ne point presser, pour l'instant, sa demande, qu'il soutenait avec une violence d'invectives, qui paraissait peu propre à favoriser son but. Mais, l'année suivante, ils firent cause commune avec lui, et exigèrent que tout le droit, public et privé, fût codifié, de façon à en supprimer, autant que possible, l'incertitude. Après avoir différé quelques années, sous un prétexte ou un autre, on prit les mesures

8

préliminaires en vue de réaliser une demande trop raisonnable en elle-même pour être combattue : et les années 303 et 304 en virent le résultat dans les XII Tables, qui devinrent la base de l'édifice du *jus civile*. Leur histoire, leurs sources, leur contenu seront exposés ci-après (§§ 21-24).

Section 19. — Les Terres Publiques (1 *bis*).

La faculté d'avoir à sa disposition le territoire acquis par la conquête, spécialement la part qui n'était ni assignée gratuitement (*ager assignatus*), ni vendue (*ager quæstorius*) aux citoyens comme propriété privée, fut de tous temps la source de dissentiments plus ou moins grands et de luttes. Ces terres pouvaient être traitées de diverses manières. Celles qui étaient en culture à l'époque de la conquête, ou, tout au moins, la partie d'entre elles, qui était enlevée à ses anciens possesseurs, était d'ordinaire louée à court terme, pour une redevance en argent (*vectigal*); on agissait de même pour les meilleurs pâturages, en proportionnant la redevance (*scriptura*) au nombre de têtes de bétail qu'on y menait paître. Les terres incultes (*agri occupatorii*) étaient laissées libres, à la disposition du premier occupant, prêt à reconnaître la propriété de l'état, en payant la dîme de toutes les récoltes sur pied, et la double dîme de tous les fruits pendants, recueillis par lui. Les terres de cette catégorie, occupées par un particulier, étaient techniquement dési-

[1 *bis*. Sur tous points voir l'excellent livre de M. Garsonnet, *locations perpétuelles*, Paris, 1879, 1re partie, liv. II, ch. 1 et 2 notamment p. 114, *sq* ; Mispoulet, *institutions politiques des Romains* t. II, p. 217 *sq*. (Paris 1883); Padel. Cogl. p. 237 *i* ; May, *éléments de droit romain*, t. I, p. 249 *sq*.]

gnées sous le nom de *possessiones*, et celui qui les tenait, sous celui de *possessor*. N'étant point propriété privée, bien que transmissibles par vente, donation ou succession, tout comme si elles l'avaient été, ces terres ne figurèrent jamais sur les pages du rôle d'évaluation consacrées à leur possesseur (p. 72); elles ne donnaient lieu à aucun service militaire, à aucun impôt. Ce fut ce qui les rendit si précieuses. Ce furent d'elles que les patriciens tirèrent leurs richesses. Par leurs clients, leurs affranchis, leurs esclaves, ils étaient en état de les rendre très productives, sans grand effort personnel. Et pendant longtemps ils en eurent le monopole. Cependant ce ne fut point de droit, mais seulement par la force de l'usage et en vertu de leur influence prépondérante. Quoique leur occupation exclusive de ces terres, aux premiers temps de Rome, fût due à cette raison très simple qu'eux seuls étaient citoyens, néanmoins, quand les plébéiens eurent été admis à la franchise, et que le territoire se fut largement accru, ils refusèrent de rien rabattre de leurs prétentions, cherchant à les justifier, comme privilèges patriciens. Le pis fut que la dîme fut négligée et, par là, les revenus de l'état diminués d'autant. Les pâturages, aussi, furent traités d'une façon très semblable, — leur usage dénié à l'humble citoyen, borné par le sénat aux patriciens et à un petit nombre des plus riches de l'ordre inférieur, qui souvent s'arrangeaient à éluder le paiement de leur redevance, grâce à l'indulgence des questeurs, dont c'était le devoir de la réclamer. Et ce qui était tout aussi dur à supporter était ceci, — que le plébéien était tenu de l'impôt pour le bétail avec lequel il exploitait sa ferme, au lieu que les troupeaux du patricien, qui paissaient sur ces pâturages publics, n'étant point *res mancipi*, n'étaient soumis à aucune charge de cette nature.

La première tentative sérieuse, pour redresser ces abus, fut celle qui fut faite par Sp. Cassius, en concours avec les tribuns, en 268. Il se proposait trois choses, — la restriction des privilèges revendiqués par les patriciens, le paiement régulier des droits à percevoir également pour les *possessiones* et les pâturages, et la distribution immédiate de quelques-unes des terres, prises dans les conquêtes récentes, aux citoyens pauvres, par la vaillance de qui elles avaient été conquises. Son plan échoua ; mais des propositions agraires subséquentes, modelées sur celle-ci, et introduites d'ordinaire immédiatement après quelque conquête nouvelle, furent plus heureuses. Somme toute, elles ne réussirent pourtant pas à améliorer la position de ceux dans l'intérêt desquels elles avaient été passées. Un pauvre plébéien ne pouvait cultiver à son profit qu'une petite pièce de terre, qu'il pût travailler lui-même, avec l'aide de ses fils ; et même cette terre ne tombait que trop vite aux mains de quelque capitaliste, soit par achat, soit par perte à la suite de défaut de paiement. Et ainsi, en dépit de tous les efforts de la législation, en vue de répartir les terres, elles continuèrent à s'accumuler entre les mains d'un petit nombre. Ce fut ce qui conduisit aux mesures agraires de la loi *Licinia-Sextia*, de l'an 387, — décidant qu'aucun citoyen ne pourrait détenir plus de 500 jugères de terre arable, ni envoyer aux pâturages publics plus de cent bœufs et cinq cents moutons ; en même temps que chaque détenteur de terre arable devrait y employer autant de travailleurs libres que d'esclaves. Bien qu'on pût aisément, par divers stratagèmes, éluder les restrictions imposées, néanmoins l'adoption de la loi fut, en elle-même, une déclaration que le privilège de gentilité, si jamais il avait existé, ne serait dorénavant plus admis. L'objet des lois agraires postérieures fut ordinairement de retirer des

portions de l'*ager publicus* à leurs possesseurs, pour en faire la distribution (*assignatio*) à des citoyens pauvres, en qualité de propriétaires ; la loi Licinia avait fait table rase pour toujours de toute prétention des patriciens à occuper exclusivement les terres domaniales.

SECTION 20. — DROIT DES DETTES.

Les tumultes et séditions, si fréquents à Rome pendant les deux premiers siècles de la république, sont plus souvent attribués par les historiens aux abus de la législation des dettes qu'à aucune autre cause sociale ou politique. La condition des plébéiens pauvres était telle qu'il leur était presque impossible d'éviter l'emprunt. Leur modique fortune dépendait de la culture régulière de leurs petits champs, et de l'accomplissement de chaque opération de l'année agricole, dans l'ordre approprié et à la saison convenable. Mais ces occupations étaient, à tout instant, entravées par des guerres, qui les retenaient loin de chez eux à l'époque des semailles ou de la moisson, rendaient en fait leurs fermes improductives et les laissaient, eux et leurs familles, dans la gêne pour les nécessités les plus communes de la vie. Un pauvre paysan, en pareil cas, n'avait d'autre alternative que de s'adresser à un capitaliste pour emprunter du blé ou de l'argent. Mais on n'en obtenait pas sans fournir de garantie et rarement sans intérêts. Ce n'était pas que le prêteur doutât de l'honnêteté de l'emprunteur et de sa bonne volonté d'acquitter sa dette, mais c'était bien plutôt qu'il y avait toute chance pour que, l'année suivante, une nouvelle guerre vînt de rechef entraver les opérations agricoles de ce dernier, le laisser de nouveau sans récoltes et rendre ainsi le remboursement impossible. Et ainsi, tandis que les intérêts

s'accumulaient et s'ajoutaient périodiquement au capital, il fallait, d'année en année, contracter de nouveaux emprunts, tant qu'il restait des champs pour servir de garantie ; quand toutes choses venaient à manquer, le débiteur était réduit à se livrer lui-même à son créancier en une servitude *de facto*. C'était un effet de la transaction à l'aide du cuivre et de la balance, connue techniquement sous le nom de *nexum*, et dont l'origine a déjà été rapportée (p. 88). C'était une situation suffisamment mauvaise, même en l'envisageant au mieux, mais horrible dans son abus. Car, non content du travail d'esclave qu'il exigeait de son débiteur, le créancier, trop souvent, le mettait aux fers, l'affamait et le faisait fouetter comme s'il avait été réellement et véritablement un esclave, au lieu d'être encore un citoyen romain. Que la condition des *nexi*, en effet, malgré leur assujettissement, fût encore celle d'hommes libres et de citoyens, c'est ce que démontre clairement le fait que, à maintes reprises, dans le cas de disette de combattants pour faire face à l'approche d'un ennemi, on demandait à leurs créanciers de les relâcher pour la durée de la campagne, quitte à les réclamer quand elle était finie. Le système se développa à un point tel que, souvent, ces esclaves libres purent être comptés par milliers, et que le dicton fut presque vérifié que chaque habitation patricienne était devenue une prison privée (1). Il arriva en effet, par les causes précédemment expliquées, que, pendant longtemps, ce fut presque exclusivement dans les mains patriciennes que le capital s'était accumulé, de sorte qu'ils étaient les prêteurs et oppresseurs, et les pauvres plébéiens, les emprunteurs et opprimés.

(1) Liv. VI, 36.

Nombreuses furent les agitations, fréquentes les révoltes qu'un tel état de choses fit naître. Il ne pouvait guère en être autrement. Ce n'étaient point des banqueroutiers frauduleux, ni de téméraires spéculateurs, que ces misérables objets, qui se montraient de temps en temps sur la place du marché, les épaules déchirées, les vêtements en lambeaux, et la contenance famélique, pour raconter l'histoire de leurs maux, mais de braves citoyens, réduits à l'insolvabilité par un système vicieux, qui les contraignait, d'un jour à l'autre, à laisser leurs champs, sans les ensemencer ou sans les récolter, afin de prendre part aux batailles de la république, et cela (jusqu'à l'année 348), à leurs propres frais (2). Suivant Tite-Live, ce fut la vue de l'un de ces infortunés *nexi*, et le récit qu'il fit à ses anciens camarades des souffrances qu'il avait endurées, qui fut la cause immédiate de la première sécession. L'établissement du tribunat en fut le grand résultat constitutionnel ; mais il ne procura aucun allègement au traitement des débiteurs par leurs créanciers, car les tribuns ne pouvaient intervenir dans les actes des simples citoyens, mais seulement dans ceux des magistrats. Toutefois la même décision qui créait le tribunat et son *jus auxilii*, contenait une disposition qui, pour beaucoup, dut être bienvenue, plus encore que l'autre, — qu'on devrait faire remise de toutes les dettes, et mettre en liberté tous les *nexi* (3). Ce statut, s'il ne fut pas le premier (4), fut, en tout cas, le précurseur d'une longue série d'autres, destinés à améliorer la position de ceux qui avaient été obligés d'em-

(2) Aug., *De civ. Dei*, II, 18.

(3) Denys, VI. 83, VII. 49. Voir là-dessus, et sur le silence de Tite Live à ce sujet, Schwegler, *Röm., Gesch.*, vol. II., p. 259.

(4) Denys (IV, 9) attribue vaguement à Servius Tullius des mesures d'allégement semblables.

prunter de l'argent, et se trouvaient, sans faute de leur part, dans l'impossibilité de le rendre. Il y eut des lois pour réprimer l'usure, par exemple, une disposition des XII Tables, faisant de l' *unciarium fenus* — *i. e.*, un douzième du capital, ou 8 1/3 p. 100 par an — le taux maximum, et infligeant une peine du quadruple en cas de contravention ; une loi de l'année 407, qui réduisit le taux à 4 1/6, et donna aux débiteurs un délai de trois ans ; et la loi Genucia, de 412, prononçant l'illégalité de toute exigence d'intérêts, mais qui, ainsi qu'on pouvait s'y attendre, devint bientôt lettre morte. Et il y eut des décisions, remettant les dettes, sous des conditions qui variaient sans cesse, comme celle des lois Licinio-Sextiennes, en 387 U. C., — portant que les intérêts déjà payés seraient imputés sur le capital, pourvu que le reliquat fût soldé en trois versements annuels (4 *bis*).

Enfin arriva la loi Pœtilia, de 428 (5). Son occasion, son but, son effet ont été l'objet de grandes discussions, et seront rapportés dans l'exposé du contrat de *nexum* (§ 31) — la transaction par laquelle un emprunteur donnait à son créancier le droit de le saisir, à défaut d'exécution, par lui, de son obligation de rembourser la dette, et, sans autre procédé de droit, de l'emmener chez lui, de l'y détenir, et d'employer ses services, comme ceux d'un esclave *de facto* (quoiqu'il ne le fût pas *de jure*). Telle était apparemment l'étendue du droit du créancier, reposant sur la coutume, plutôt que sur la loi. Mais on en avait effroya-

[4 *bis*. *Lex Licinia Sexta... de aere alieno* « ... ut, deducto eo de capite, quod usuris pernumeratum esset, id quod superesset trienno aequis portionibus persolveretur » (Liv. IV, 35.) La même proposition avait déjà été produite dix ans avant. Comp. Gaddi, *Cronologia*, p. 527].

(5) Liv. VIII, 28 ; Cic., *De Rep.*, II. 34, § 59.

blement abusé. Les créanciers regardaient leur *jus detinendi*, non pas comme leur procurant le moyen d'obtenir, par le travail de leur débiteur, une satisfaction matérielle pour leurs pertes pécuniaires, mais plutôt comme leur donnant le droit de lui infliger, en guise de châtiment toute sorte de cruauté, de torture, d'indignité. On reconnut que rien d'autre ne pourrait suffire, que l'abolition totale du *nexum*, comme contrat entre prêteurs et emprunteurs. C'était une question grave : car c'était le sacrifice de l'un des instruments de coercition les plus puissants de la fidélité aux engagements (6) ; mais des demi-mesures n'auraient pas fait l'affaire ; il fallait atteindre le mal à sa racine ; tous les *nexi* furent mis en liberté, et le contrat de *nexum* interdit pour l'avenir (7).

Cela ne pouvait sans doute obvier à la nécessité ni à l'habitude d'emprunter, ni non plus écarter tout risque d'agitation future des classes pauvres, à cause du fardeau de leurs dettes. Le droit du créancier, de saisir et enchaîner de sa propre autorité son débiteur, avait disparu ; disparues aussi les chaînes et les cruautés hideuses, auxquelles le débiteur avait si souvent été soumis. Mais le créancier pouvait toujours avoir recours à la détention du débiteur, s'il s'agissait d'un débiteur en vertu de jugement et sur mandat du magistrat ; il avait encore le droit d'utiliser ses services jusqu'à ce qu'il eût, par son travail,

(6) « Victum eo die ingens vinculum fidei » (Liv. VIII, 28, § 8).

(7) « Propter unius libidinem omnia nexa civium liberata, nectierque postea desitum » (Cic., *De Rep.*, II 34. § 59). » Eo anno plebei Romanae velut aliud initium libertatis factum est, quod necti desierunt » (Liv. VIII, 28 § 1). « Ita nexi soluti, cautumque in posterum ne necterentur » (*Ib.*)

(9) Il y avait d'autres dispositions de la loi qui s'appliquaient aux débiteurs en vertu de jugement (*judicati, addicti*) ; elles sont exposées, § 26.

effacé le montant de sa dette (§ 31). Et les dettes continuèrent à être la condition normale des plébéiens pauvres, une source toujours envenimée de mécontentements. Ce fut la cause de la troisième sécession comme ç'avait été la cause de la première; on joignit à la loi Hortensia, qui en fut le résultat, un plan d'allègement à la situation des insolvables. Dans la période suivante, il y eut une véritable série de mesures imaginées dans le même but : les unes le réalisèrent en augmentaut la valeur nominale de la monnaie; d'autres, comme la loi Valeria, de 668, simplement en effaçant les dettes, dans la proportion de moitié ou des trois quarts. Ce ne fut toutefois que par la *cessio bonorum* de Jules César (706 U. C.) (8), donnant à un débiteur la faculté de se libérer en faisant abandon formel de tout à son créancier, que la position des insolvables fut réellement et grandement améliorée, leur détention ou emprisonnement évité.

(8) César. *B. C.* III, 1; Dion Cass., XLI. 37.

CHAPITRE SECOND

LES XII TABLES.

SECTION 21. — LEUR COMPILATION (1 *bis*).

On a mentionné, dans la Section 18, les circonstances qui occasionnèrent la compilation des Douze Tables. La première mesure pratique en ce sens, prise en l'an 300, fut l'envoi d'une mission en Grèce et dans les établissements Grecs de l'Italie méridionale, pour étudier leur législation et réunir tous les matériaux qui pourraient servir à la préparation du code projeté. On peut très bien douter que l'ambassade soit jamais allée jusqu'à Athènes. Il n'était point du tout nécessaire d'y aller, si l'on considère avec quelle facilité on pouvait obtenir des copies des lois Grecques à Cumes et dans d'autres colonies Ioniennes peu éloignées, aussi bien que dans les établissements Grecs de la Basse-Italie et dans la Sicile. Au retour des trois ambassadeurs, en 302, toutes les magistratures furent suspendues, et une commission de dix patriciens *(decemviri legibus scribundis)* nommée, avec pouvoirs consulaires, sous la présidence d'Appius Claudius, dans le but formel de rédiger les lois par écrit. Dans cette tâche, ils eurent l'aide d'un certain Hermodore, exilé d'Ephèse, qui leur servit d'interprète et dont la présence semble confirmer le

(1 *bis*. Ortolan *Législ. Romaine*, 12e éd., Paris 1884, t. I, p. 97 *sq*; Padel. Cogl. p. 104 et *sq*. texte et notes; Goodwin *The XII Tables*, Londres 1886).

récit de la réunion préalable de matériaux d'origine Grecque. Avant la fin de l'année suivante (303), l'ensemble du code était prêt, et fut sur le champ converti en loi par les comices par centuries, gravé sur dix tables de bois, probablement recouvertes de stuc, qui furent affichées au Forum. L'année d'après, le décemvirat fut renouvelé, avec un léger changement de *personnel*, mais sous la même présidence qu'auparavant : et, en peu de mois, la partie supplémentaire était achevée ; elle fut adoptée en la forme prescrite, et reportée sur deux autres tables, ce qui éleva leur nombre à douze, et donna au code son nom officiel de ***Lex XII Tabularum***.

Section 22. — Leurs Sources.

Il y avait des dispositions dans les XII Tables, qui étaient presque la traduction littérale de la législation de Solon ; cela est constaté, à propos de décisions spéciales, à la fois par Cicéron et Gaius (1). D'autres encore portent l'empreinte d'une conformité remarquable avec les lois observées en Grèce ; telles que la disposition d'après laquelle le transfert en exécution d'une vente, ne transportait la propriété qu'après que le prix avait été payé, ou garantie fournie à ce titre au vendeur (2), et les règles sur le vol découvert avec la ceinture et le plateau *(furtum*

(1) Cic., *De Leg.* II, 23 § 59, à propos des règles sur les funérailles, dans la Table X ; G. *lib. 4 ad. XII Tab.* au *Dig.*, X, 1, fr. 13, et XLVII, 22 fr. 4, à propos d'autres dispositions.

(2) Disposition attribuée aux XII Tables par Justinien *(Inst.*, II, 1.41), qui a une ressemblance frappante avec une décision de droit grec, dans Théophraste ; voir Hoffmann, *Periculum beim Kaufe* (Vienne 1870), p. 172, et ses *Beitræge zur Gesch. d. Griech, u. Ræm, Rechts* (Vienne 1870), p. 71.

linteo et lance conceptum) (3); mais, à l'égard desquelles il n'y a pas d'autorité suffisante pour dire qu'elles leur ont été directement empruntées (4). Toutefois la partie de beaucoup la plus considérable était formée de la législation indigène et originale. Ce n'est pas qu'elle s'élevât à une rédaction générale de la coutume, jusque là flottante; car, en dépit de l'éloge qu'en fait Tite Live, comme de la source de tout le droit, tant privé que public (5), il paraît évident que bien des parties ne furent traitées dans les XII Tables que d'une façon accessoire, ou par rapport à quelque point de détail. Les institutions de la famille, les règles fondamentales des successions, les solennités des actes formels tels que mancipation, *nexum*, testaments, les principaux traits du règlement de la procédure judiciaire, et ainsi de suite — tout cela était présumé connu d'une façon générale, et les décemvirs jugèrent inutile de les définir.

Ce qu'ils avaient à faire était de rendre la loi égale pour tous, d'écarter tout risque de traitement arbitraire, en spécifiant distinctement les peines et en déclarant d'une façon précise les circonstances dans lesquelles on considérerait que les droits étaient nés ou éteints, de faire les réformes nécessaires pour donner satisfaction aux plaintes des plébéiens, et empêcher leur oppression au nom de la justice. On n'introduisit donc, dans les XII Tables, aucune ou

(3) Aristoph., *Nub.*, 497 *sq*, et scholies sur 499 [Il est très curieux de retrouver les mêmes formalités pour la perquisition, en cas de vol, dans l'ancien droit scandinave. Beauchet *Loi de Westrogothie*, p. 116, et n. 3 V. infra, § 30, n° 62 *bis*].

(4) Sur toute la matière, voir un article d'Hofmann « De l'influence du droit grec sur les XII Tables », dans ses *Beitrage*, p. 1, *sq*.

(5) Liv. III 34, où il les appelle, non-seulement « fons omnis publici privatique juris », mais « corpus omnis Romani juris ».

presque aucune des dispositions de la coutume déjà universellement reconnues comme lois, et qu'on n'accusait pas d'être injustes, mal définies, défectueuses ou oppressives. On n'y reproduisit qu'une ou deux des lois attribuées aux rois, et en en modifiant le langage ; cependant l'omission des autres n'emportait pas leur abrogation, n'impliquait pas qu'on niât leur validité ; quelques-unes d'entre elles, en effet, étaient encore en vigueur sous l'empire, et sont invoquées par Justinien dans son Digeste. Aucune des lois de la république antérieures aux XII Tables n'y fut non plus insérée, quoique, longtemps après, bien des gens fussent encore soumis à des poursuites en vertu de ces lois, et eussent à supporter des peines qu'elles infligeaient. En disant donc que, pour la plus grande partie, les dispositions du code décemviral étaient d'origine indigène, nous voulions simplement dire qu'elles étaient l'œuvre des décemvirs eux-mêmes, qui élaborèrent le droit jusque là non écrit, dans les sens déjà indiqués.

Section 23. — Leurs Débris et leur Reconstruction.

Il est probablement très vrai que les tables primitives furent détruites quand Rome fut saccagée et brûlée par les Gaulois. Mais elles furent immédiatement reproduites, et il dut y en avoir de nombreuses copies, s'il est vrai, comme Cicéron nous dit que c'était encore le cas dans sa jeunesse, que ce fût une tâche ordinaire d'école de les faire apprendre par cœur aux enfants (1). Cela rend d'autant plus extraordinaire qu'il n'en reste que des fragments aussi restreints, et que leur authenticité, en bien des cas,

(1) Cic., *De Leg.*, II, 23 § 58.

soit si contestable. Elles étaient incorporées dans les Tripertita de Sextus Aelius Pætus (§. 50, nº 10); elles doivent avoir formé la base de tous les ouvrages sur le *jus civile*, jusqu'à l'époque de Servius Sulpicius Rufus (qui le premier prit pour texte l'édit du préteur), et elles furent l'objet de monographies de L. Acilius Sapiens, dans la seconde moitié du sixième siècle de Rome, de Servius Sulpicius Rufus lui-même, à la fin du septième ou au commencement du huitième (1 *bis*), de M. Antistius Labeo, dans les premières années de l'empire, et de Gaius, probablement sous le règne d'Antonin le Pieux. Et pourtant, une quarantaine de décisions ou à peu près, voilà tout ce qu'on peut réunir, en ne prenant que les dispositions qui font profession d'être *ipsissima verba* des XII Tables (quoique sous une forme, en bien des cas, plus moderne que celle que nous rencontrons dans d'autres débris de Latin archaïque). Elles sont contenues principalement dans les écrits de Cicéron, les *Noctes Atticæ* d'Aulu Gelle, et le traité *De verborum significatione* de Festus, les deux derniers s'en occupant comme de questions d'antiquité curieuses, plutôt que comme de règles de droit positif. Il y a bien des allusions à des dispositions particulières dans Cicéron, Varron, Aulu Gelle et Pline l'Ancien, aussi bien que dans Gaius, Paul, Ulpien et d'autres jurisconsultes antérieurs à Justinien. Mais ces allusions, dans le cas des derniers écrivains au moins, ne peuvent être reçues que sous caution. Il est en effet souvent difficile de savoir si c'est le texte lui-même qui avait été leur source d'information, ou si ce n'étaient pas plutôt les ouvrages des inter-

(1 *bis*. Il n'y a pas de preuve positive d'une monographie faite par Servius ; ce n'est pas une conséquence induite du fait que ses définitions des mots et locutions des XII Tables sont fréquemment citées par Festus.

prêtes (§ 50), dont les règles, comme cela est bien connu, n'étaient souvent que des applications par analogie des dispositions des XII Tables (2), ou des inductions tirées arbitrairement de ces lois, et suggérées par des considérations de politique sociale (3).

Le travail de reconstruction, s'exerçant sur de tels *disjecta membra*, a été entouré de difficultés. Les questions que l'on rencontrait dès le principe, étaient les suivantes : — 1) les dispositions des XII Tables étaient-elles rangées dans un ordre systématique ? et 2) si elles l'étaient, se déroulaient-elles d'une façon continue, ou chaque Table était-elle, en quelque sorte, complète par elle même ? Les anciens éditeurs, ou, au moins, quelques-uns d'entre eux, semblent avoir admis une réponse négative à la première question, et, en conséquence, ils adoptèrent un arrangement arbitraire des fragments ; celui de Charondas, par exemple, en 1578, était distribué en droit public, privé et sacré. Plus récemment, et depuis la reconstruction par Jac. Gothofredus (Godefroi) en 1616, les éditeurs sont constamment partis de la suppositiou que, non seulement les lois particulières étaient rangées suivant un plan défini, mais que chaque Table était complète par elle-même. Mais ils sont loin d'être unanimes en ce qui concerne la suite des Tables ou la distribution particulière

(2) *Eg.*, la tutelle légitime des patrons, attribuée aux XII Tables seulement *per consequentiam* (G., I. 165 ; Ulp., XI. 3).

(3) *Eg.*, l'exclusion de la succession ab intestat, au titre d'agnates, de toutes les femmes, sauf les sœurs. Gaïus (III. 23) dit que cela était prévu dans la loi ; tandis que Justinien, sur l'autorité de Paul (dans un commentaire fait par lui sur le sénatus-consulte Tertullien), nous assure (Code, VI, 58. 14 § 1, *Inst.*, III, 2, 3) que cela était dû à l'interprétation restrictive des jurisconsultes, Ulpien dit *Dig.*, L. 16 fr. 6 § 1) « Verbum « ex legibus » sic accipiendum est : tam ex legum sententia, quam ex verbis. »

des fragments entre elles. Il n'y a pas plus de quatre ou cinq de ces fragments, dont la place soit déterminée d'une façon expresse par les anciens auteurs ; deux ou trois autres sont indiqués comme l'ouvrage des décemvirs de 304, et, par conséquent, doivent s'être trouvés dans l'une ou l'autre des deux Tables dernières et supplémentaires. Au delà, une grande part est laissée à l'ingéniosité des auteurs de la reconstruction.

Ils se sont appuyés, pour se guider, principalement sur le commentaire de Gaius sur le code décemviral, et sur la consolidation, faite par Julien, de l'édit prétorien. Le commentaire est divisé en six livres, dans lesquels on suppose que Gaius avait suivi l'ordre de son texte, consacrant chaque livre à deux tables ; mais comme il ne s'en trouve que peu d'extraits au Digeste, et qu'ils ne se réfèrent qu'à un petit nombre des questions qu'on nous assure avoir été traitées par les décemvirs, leur valeur, comme guide, semble avoir été exagérée. Une sorte de tradition veut que, de même que Justinien, dans son Digeste et son Code, suivit l'ordre de l'Edit, de même Salvius Julianus, dans sa consolidation de l'Edit, ait observé l'ordre des XII Tables ; et les éditeurs ont suivi ce fil aussi loin qu'il va. Le dernier d'entre eux, Voigt, s'appuie, en outre, sur l'ordre des matières dans les divers commentaires du traité de Sabinus (§ 61 *in fine*) sur le *jus civile* (*Sabini libri tres juris civilis*) (4). Comme ces commentaires se développent parallèlement d'un bout à l'autre, il en conclut qu'ils serraient étroitement l'ordre du traité dont ils s'occupaient ; et il estime d'ailleurs que ce traité correspondait exacte-

(4) Voir son article « Ueber das Aelius und Sabinus System » dans les *Abhandl* (Phil. Hist. Cl.) (*d. K. Sæchs. Gesellsch. d. Wissensch.*, vol. VII p. 320 *sq* ; également ses *XII Tafeln*, vol. I p. *sq*.

ment aux Tripertita de Sextus Aelius Paetus (§ 50, n° 10). Or, les Tripertita renfermaient les XII Tables, rangées, comme on le suppose, dans leur ordre légal, et ainsi, à l'aide de Sabinus et de ses commentateurs, Voigt obtient un guide de quelque valeur, et qui a l'avantage d'être de beaucoup antérieur à ceux qu'avaient principalement suivis les prédécesseurs de Voigt, dans leur travail de reconstruction. Le malheur est qu'il est impossible d'arriver à une distribution des Tables, reconnue d'une façon générale, en vue des citations. Dirksen diffère de Godefroi, Schœll, dans une légère mesure, de Dirksen, et Voigt, d'une façon importante, d'eux tous. Il y a unanimité, quant à l'ordre et au contenu, d'une façon générale, des premières tables, ainsi que pour le contenu de la dixième; mais, pour les autres, il y a des divergences considérables; — Dirksen, par exemple, place les fragments relatifs à la succession dans la cinquième Table, tandis que Voigt les place dans la quatrième. Il est donc plus sûr, quand on renvoie à une disposition des XII Tables, de citer l'auteur ancien, dont l'autorité a fait déclarer qu'elle y était contenue, sans s'occuper de table ou de loi. Après tout, l'ordre est de peu d'importance, et est, d'un bout à l'autre, purement conjectural (5).

(5) Dirksen, *Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik u. Herstellung d. Zwölf-Tafel. Fragmente* (Leipzig, 1824) fournit la base de tout le travail récent sur les XII Tables, antérieur à Voigt. Schoell, dans ses *Legis XII Tab. reliquiæ* (Berlin 1866), fit une contribution de valeur à la littérature sur la matière, en se plaçant au point de vue philologique. Sa version a été adoptée en substance par Bruns, dans ses *Fontes juris romani antiqui*, p. 16, *sq*, et Wordsworth, dans ses *Fragments and Specimens of Early Latin* (Oxford, 1874), p. 253 *sq*. Ce dernier, dans une partie subséquente de son livre (pp. 502-538), a ajouté des notes historiques, philologiques et exégétiques, qui forment un commentaire de valeur sur les XII Tables dans leur ensemble. Les deux volumes de Voigt, sous le titre de *Geschichte und System des Civil-und Criminal-Rechtes, wie-Processes, der XII Tafeln*,

Section 24. — Caractères généraux des Lois dans les XII Tables.

En la forme, les lois des XII Tables étaient d'une brièveté, d'une pureté, d'une richesse remarquables, avec quelque chose d'une cadence rhythmée, qui doit avoir beaucoup aidé à les faire retenir par cœur. Par exemple : — « Si in jus vocat, ito. Ni it, antestamino. Igitur em capito. Si calvitur pedemve struit, manum endo jacito (1) ». « Aeris confessi rebusque jure judicatis XXX dies justi sunto. Post deinde manus injectio esto. In jus ducito (2) ».

nebst deren Fragmenten (Leipzig, 1883) contiennent une exposition de tout le *jus civile* primitif, inséré dans les XII Tables ou non. L'historique des XII Tables occupe les cent premières pages ou environ du premier volume ; sa reconstruction des fragments et des allusions à la loi, — bien plus complète qu'aucune autre avant lui, et soutenue par un déploiement imposant d'autorités, mais qu'il ne faut pourtant point accepter sans caution, — se trouve dans le même volume, pp. 693-737. Voici une esquisse de l'arrangement généralement adopté, avec les variantes de Voigt. — I. Citations en justice, et procédure initiale dans l'instance devant le consul ou le préteur. II. Deuxième phase de la procédure — devant le tribunal centumviral, ou un ou plusieurs juges ou arbitres, sur renvoi du consul ou préteur. III. Exécution par un créancier en vertu de jugement, sur la personne de son débiteur. IV. Droit de famille (Voigt — droit de famille et de succession). V. Succession et tutelle (Voigt. — Acquisition de la propriété et droit des obligations contractuelles). VI. Acquisition et possession de la propriété (Voigt — Tutelles de diverses sortes). VII. Droits relatifs aux fonds de terre (Voigt — Délits privés en général, et leurs peines). VIII. Délits. (Voigt — Rapports entre propriétaires voisins et contraventions agraires). IX. Droit public (Voigt — Droit public et criminel). X. Règles des funérailles. XI et XII. Dispositions supplémentaires diverses.

(1) Les mots « si in jus vocat » étaient les premiers mots des XII Tables (Cic. *De Leg.*, II, 4, § 9). Le reste de la disposition est un composé de fragments tirés de Porph. *in Hor. Sat.*, I, 9, 76 ; Festus, v. *Struere* (Bruns, pp. 17, 295) ; et G. *lir.* 4. *ad XII Tab.*, (*Dig.*, L, 16, 233 pr.)

(2) Aul. Gell., XX, 1, § 45.

« Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto (3) ». « Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita jus esto (4) ». Ça et là, les règles qu'elles renfermaient étaient potestatives, mais, pour la plus grande partie, elles étaient péremptoires, conçues en larges traits, surmontant les difficultés, au lieu de les écarter. Leur application pouvait devenir dure, dans des espèces particulières, comme lorsqu'on était tenu à la lettre de ce qu'on avait déclaré dans un *nexum* ou une mancipation, même quand on l'avait fait par erreur ou sous l'influence de faux rapports frauduleux: les décemvirs n'admirent point d'exceptions, préférant une règle dure et ferme à des restrictions, qui pourraient causer de l'incertitude.

Le système, dans son ensemble, rentre dans le *jus* distingué du *fas* (§§ 6, 7); la séparation de leurs sphères respectives était devenue, au commencement du quatrième siècle de Rome, bien plus claire que sous le règne des premiers rois. Non que le *fas* eût cessé d'exercer son influence sur la vie des citoyens, même dans leurs rapports privés; mais il était devenu un pouvoir étranger au droit, — et l'on peut croire qu'il fut maintenu à dessein et avec soin en dehors de la loi, par les auteurs des XII Tables, qui traçaient une législation destinée à s'appliquer à une communauté mélangée, ayant des idées quelque peu différentes sur ce que la religion prescrivait et pouvait sanctionner. Le même sentiment, sans doute, rend compte de la disparition des peines purement religieuses ou sacrées, pour les crimes et délits. Il n'était pas rare de trouver dans les lois royales la sanction de l'*execratio* (*sacratio capi-*

(3) Ulp., XXVI, 1.
(4) Festus, v. *Nuncupata* (Bruns, pp. 23, 275).

tis, sacer esto) (p. 69) ; dans les XII Tables, elle ne se rencontre, pure et simple, qu'une seule fois, et cela, à l'occasion d'un délit qui ne pouvait être commis que par un patricien, — le dommage matériel causé par un patron à son client (*patronus, si clienti fraudem faxit, sacer esto*) (5). Dans tous les autres cas, l'idée qu'un crime était une atteinte à l'ordre public, à l'occasion de laquelle la société avait le droit, pour se protéger elle-même, d'infliger un châtiment au criminel, était aussi accentuée que l'idée ancienne, qu'il y avait là un péché contre les dieux, à expier en vouant le pécheur à la divinité plus spécialement outragée par son offense. La pendaison et la décapitation, le fouet jusqu'à la mort, le bûcher, la mort infligée en vous précipitant de la roche Tarpéienne, — telles sont les peines séculières que l'on rencontre dans les XII Tables ; mais souvent, non pas sans doute invariablement, la pendaison et les autres peines sont en même temps déclarées un hommage à quelque divinité, au profit de qui les biens du criminel sont confisqués (*consecratio bonorum*).

Une remarque, qui n'est pas sans valoir la peine d'être faite, est qu'il reste dans les XII Tables des traces de l'ancien système de la justice privée (5 *bis*). La *manus injectio* de la troisième Table, — l'exécution faite par un créancier contre son débiteur, — était au fond la même procédure que sous les rois, mais avec l'addition de certaines règles destinées à en prévenir l'abus. Une sanction de même nature paraît encore prononcée contre le voleur pris

(5) Serv. *ad Aen.*, IV, 609. Comp. loi de Romulus dans Denys d'Hal., II 10 (Bruns, p. 4). Il est fort possible que Servius ait commis une erreur en attribuant cette disposition aux XII Tables.

[(5 *bis*) Je prends le mot « justice privée » dans le sens de « défense de soi-même », « justice qu'on se rend soi-même ».]

sur le fait (6); et il était encore permis de le tuer sur le champ, si le vol était commis de nuit (7), ou même en cas de vol commis de jour, si le voleur se servait d'armes pour résister à son arrestation (8). Suivant Cicéron (9), il y avait une disposition en ces termes : — « si telum manu fugit, magis quam jecit, arietem subicito » ; c'est exactement une reproduction, en langage imagé, de la loi attribuée à Numa (10), qu'au cas d'homicide par imprudence — « si l'arme avait fui de la main, plutôt qu'elle n'avait été lancée » — un bélier serait présenté comme offrande de paix aux parents de celui qui avait été tué. Le but originaire doit avoir été d'arrêter la vengeance du sang, et ce peut avoir été le but de Numa (p. 67); mais, dans les XII Tables, on ne peut s'être proposé que d'arrêter les poursuites, que les parents de la victime avaient le devoir d'intenter. Il en est de même des peines du talion. « Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto (11) », tels étaient, suivant Aulu-Gelle, les termes d'une des lois des XII Tables. Elle contenait sans aucun doute, une réminiscence de l'époque où le talion était reconnu, « œil pour œil, dent pour dent » ; mais, dans la bouche des décemvirs, ce n'était plus qu'un mode grossier de permettre à la victime de réclamer le dédommagement pécuniaire le plus fort possible, et de le mesurer à la position et à la fortune de l'auteur de l'offense

(6) G. III 189.

(7) Aul., Gell,, XX, 1, § 7.

(8) G., *lib. 13 ad. ed prov.*, (*Dig.*, XLVII, 2 fr. 54 § 2).

(9) Cic., *Top.* 17 § 64; *p. Tull.*, 21 § 51. On ne peut s'empêcher de suspecter qu'il y a là une périphrase de la loi, en langage figuré, qui peut être devenue proverbiale, plutôt que ses termes véritables.

(10) Serv. *in Virg, Bucol.*, IV, 43 (Bruns, p. 10).

(11) Aul. Gell., XX, 1, § 14.

CHAPITRE TROIS

LE DROIT PRIVÉ D'APRÈS LES XII TABLES ET AU DELA.

SECTION 25. — CITOYENS ET NON CITOYENS (1).

Le droit primitif de Rome était essentiellement personnel, non pas territorial. On jouissait de l'avantage de ses institutions et de sa protection, non point parce qu'on se trouvait sur territoire romain, mais parce qu'on était citoyen, — l'un de ceux par qui et pour qui ce droit était établi. La théorie du *jus gentium* primitif était qu'un homme, se trouvant en dedans des limites d'un état étranger, était à la merci de cet état et de ses citoyens; qu'il pouvait lui-même être traité comme esclave, et que le premier venu pouvait s'approprier tout ce qui lui appartenait (2) ; car il était en dehors du giron de la loi. A défaut d'alliance d'aucune sorte avec Rome, un étranger, — *hos-*

(1) Voir Muller-Iochmus, *Gesch. d. Volkerrecht im Alterthum* (Leipzig, 1848) p. 133 *sq ;* Voigt *Das* Jus Naturale *d. Rœmer* vol. II, p. 8 *sq ;* Van Wetter « La condition civile des étrangers d'après le droit romain », en appendice à Laurent, *Droit civil international*, vol. I (Bruxelles, 1880). p. 667 *sq ;* Voigt, *XII Tafeln*, vol. I, §§ 24, 28 [Laurent, *Histoire du droit des gens*, Gand 1850, t. III, 1re partie, liv. I, II, III, chap. 3, V ; Madvig *Etat romain* (trad. Morel) Paris 1882, t. I, chap 1 *;* Padel. Cogl. pp. 67-97 et notes ; Fadda *La condizione dello straniero presso i Romani* (en appendice à Gianzana, *Lo Straniero*, Turin 1885 ; G. May, droit romain, p. 72. *sq*].

(2) Cette doctrine est embaumée au Digeste, comme formant encore le droit de Rome au temps de Justinien (*Dig. XLIX.* 15 fr. 5, § 2).

tis, comme on l'appelait en ce temps là (2 *bis*), — n'avait aucun droit de réclamer protection contre les mauvais traitements exercés contre sa personne, ou les tentatives faites pour le dépouiller de sa propriété ; et même alors, à moins d'appartenir à un é t, auquel un traité conférait le droit d'user du remède judiciaire international de la *recuperatio*, il ne pouvait qu'en appeler aux bons offices du magistrat suprême : il ne pouvait avoir recours à aucune action du *jus civile* (3). Cela alla si loin que, du

[2 *bis*. *Hostis* a de l'analogie avec *hospes*, peut être formé de la contraction de *hosti-pes* (*pès*, tiré du grec, ou encore contraction de petens — celui qui donne l'aide, celui qui le réclame), d'où le germanique *gast*, en anglais *guest*. Certains textes emploient *hostis* comme synonyme de *hospes*. Serv. *in Æn.* IV 424 « Nonnulli autem juxta veteres hostem pro hospite dictum accipiunt », et le vers de Virg. *Eneide*, IV 424 « I, soror, atque *hostem* supplex affare superbum ». Comp. Padel. Cogl., p. 70 b.; Gaddi (*Muirhead*) n. 224].

(3) De grandes autorités, telles que Keller, Mommsen et Van Wetter, estiment qu'un étranger jouissant du *commercium*, avait le droit, moyennant certaines modifications des paroles sacramentelles, ou grâce à l'intervention d'un mandataire, d'user, à son profit, des *legis actiones*, par exemple de l'action *per sacramentum*. Mais, contre cette opinion, il y a lieu de rappeler : 1° que les actions modifiées (*actiones utiles* ou *fictitiae*) furent introduites, pour la première fois, par les préteurs, et cela à l'époque où les *legis actiones* tombaient en désuétude ; 2° que le mandat était inconnu sous le système des *legis actiones* (G.. IV 82) ; 3° qu'il était de l'essence des *judicia legitima*, dont les *legis actiones in personam* furent les premières formes, que les parties et le juge fussent tous citoyens (G. IV, §§ 104, 109) ; et 4° que si les *legis actiones* avaient été accessible aux étrangers, la *recuperatio* aurait été inutile. [M. Gaddi (*Muirh.*) n. 225 pense qu'à l'origine l'alliance emportait simplement réciprocité de *protection* et *recuperatio*; mais que, plus tard, quand le développement des relations eut fait accorder à des étrangers privilégiés le *commercium* et même le *conubium*, ils purent user des *legis actiones*. Il invoque, entre autres, l'opinion, suivant laquelle on pouvait, dès le début, constituer un *cognitor in judicio* ou même *in jure* (Eisele, *Cognitur u. Procuratur* Tubingue 1881, I, Lenel, *Zeitsch. f. R. G.* IV 149 ; et surtout G. IV, 31, — texte qui n'est pas décisif, parce que le préteur pérégrin peut être mentionné par ce motif que, collègue du préteur urbain, il pouvait le remplacer.]

temps de Gaius, quand la *recuperatio* n'était plus qu'une chose du passé lointain, le non citoyen, victime d'un vol, ne pouvait intenter une *actio furti* civile contre le voleur sans introduire dans ses conclusions l'aide du stratagème prétorien de la fiction de cité romaine : — fiction qu'il fallait également employer, s'il était, lui, le voleur, et que l'action fût dirigée contre lui, parce que les peines étaient prononcées par une loi, qui ne s'appliquait qu'aux citoyens romains (4). Les rapports de famille d'un étranger restaient en dehors de la connaissance des tribunaux romains : il pouvait être époux et père, avoir des droits sur sa femme et ses enfants, conformément à la loi de son propre pays : mais un tribunal romain ne pouvait être appelé à juger là-dessus. Il pouvait prétendre être héritier en vertu d'un testament ou *ab intestat*, suivant la loi de sa nation : mais on ne pouvait demander à aucun magistrat ou juge romain d'exprimer une opinion sur la validité de sa prétention. Ils l'auraient tout aussi peu écouté, s'il avait réclamé les droits que la loi romaine accordait à un mari, à un père, à un héritier ; ces droits étaient l'héritage des citoyens, et un étranger ne pouvait y avoir aucune part.

Conubium, *commercium*, et *actio* étaient les trois termes abstraits, qui résumaient les droits privés (5) particuliers à un citoyen romain, en vertu du *jus civile*. *Conubium* était la capacité de contracter un mariage, produisant la *patria potestas* et l'agnation du droit romain, lesquelles, à leur tour, étaient la base de la succession *ab intestat* des *sui heredes* et des agnats, ainsi que des tutelles et curatelles que pouvaient réclamer les

(4) G., IV, 37,

(5) La *testamenti factio* était un droit public (Papinien, cit. § 11, note 13). Il en était de même de l'adrogation. A un point de vue la tutelle était un devoir public : mais, comme droit, elle avait un caractère privé.

agnats ou les *gentiles*. *Commercium* (6) était la capacité d'acquérir ou d'aliéner la propriété par des modes civils ne se rattachant pas au *conubium* (6 bis), tels que la mancipation, l'abandon en justice, ou l'usucapion; également, de devenir partie à une obligation, en vertu d'un contrat civil, tel que le *nexum*, la *sponsio*, et l'une au moins des formes du contrat littéral. *Actio* était la capacité d'être partie à une *legis actio*, — une action revêtue des formes du *jus civile*, et employée pour la réclamation, la protection ou la mise en vigueur d'un droit contenu dans le *conubium* ou le *commercium*, ou découlant d'eux, ou encore conféré directement par une loi, dont la portée n'embrassait que des citoyens (7).

(6) Ulpien (*Frag*. XIX. 5) définit le *commercium*, *emendi vendendique invicem jus*. La définition était sans doute traditionnelle. Mais, dans le droit primitif, *emere vendere* ne signifiait pas acheter et vendre, mais d'une manière générale, acquérir et aliéner; voir les autorités citées à l'appendice, Note B n° 1 du 2e paragraphe, et Pomponius, au *Dig*., XL. 7 fr. 29 § 1. Le *invicem* de la définition d'Ulpien suggère l'idée d'un sens relatif. En réalité, *conubium* et *commercium* avaient tous deux un sens abstrait, un sens concret, un sens relatif. Au sens abstrait, ils étaient les prérogatives des citoyens romains en général. Mais un citoyen, tout en ayant le *conubium* au point de vue abstrait, ne l'avait pas au point de vue concret, s'il n'avait atteint l'âge nubile; et, bien que tout citoyen eût le *commercium* au sens abstrait, cependant au sens concret, il pouvait en être privé, comme dans le cas où il avait été interdit pour cause de prodigalité (Paul., III. 4a 7). Au point de vue relatif, tout citoyen avait à la fois le *conubium* et le *commercium* avec ses concitoyens, mais pas avec les non-citoyens, à moins que ces derniers ne le possédassent, en vertu d'une concession spéciale.

[6 *bis*. Par opposition à la succession ab intestat.]

(7) Comme, par exemple, la loi des XII Tables, et la loi Aquilia, de 467 U. C. donnant une action en indemnité contre les atteintes coupables dirigées contre la propriété. Quoique le dommage, à l'occasion duquel on cherchait un remède dans une action dérivant de la dernière loi, n'eût à ce sujet rien de spécial au *jus civile*, néanmoins Gaïus dit expressément (IV. 37) qu'une telle action n'était accessible à un pérégrin ou donnée contre lui qu'avec la fiction de cité romaine.

Ces trois capacités n'apartenaient, en droit commun, qu'à des citoyens romains. Un non citoyen — *hostis* à l'origine, plus tard désigné d'ordinaire sous le nom de *peregrinus* (8), — arriva, avec le temps, à être considéré comme ayant qualité pour jouir de tous les droits du *jus gentium* reconnus comme appartenant à un homme libre, et pour prendre part, aussi librement qu'un Romain, à toute transaction du *jus gentium ;* mais cela n'arriva que lorsque Rome, par suite du contact avec d'autres nations, et du développement de l'industrie et du commerce, eut trouvé nécessaire de modifier sa législation, en adoptant plusieurs institutions nouvelles, d'un caractère plus libéral et moins exclusif que celles du *jus civile*. La participation aux droits, que ce *jus civile* conférait, était refusée en théorie au non citoyen ; il ne pouvait en jouir, dans une mesure limitée, qu'indirectement, comme ami ou comme hôte, ou directement, comme citoyen d'un Etat allié, ou comme ἄπολις, à qui ces droits avaient été spécialement concédés, d'une façon plus ou moins large.

(8) « Etranger » [ni « alien », ni « foreigner », — « straniero », « forestiero »] n'est pas une traduction exacte de *peregrinus*. Car les *peregrini* ne comprenaient pas seulement les citoyens d'autres États ou colonies, indépendants ou dépendants, mais aussi les ἄπολιδες ; — gens qui ne pouvaient se dire citoyens du tout *(cives)* ; comme, par exemple, les *dediticii*, que Rome avait vaincus, et dont elle avait détruit l'organisation civique, les criminels envoyés en bannissement, etc.; et, jusqu'à la concession générale, faite par Caracalla, du droit de cité, la plus grande partie de ses sujets provinciaux étaient aussi désignés sous le nom de pérégrins. Cette expression, bien que critiquable au point de vue linguistique, est plus sûre que celle de « non-citoyen » ; car cette dernière comprendrait les Latins Juniens des premiers temps de l'empire (§ 66) qui, tout en n'étant point citoyens, n'étaient n'étaient néanmoins pas comptés comme *peregrini*. [Sur les différentes sortes de *peregrini*, — *peregrini hostes*, *dediticii*, *hospites*, *amici*, *socii*, — voir Gaddi (*Muirh.*) n. 230].

Amicitia et *hospitium* (9), selon toutes probabilités, étaient pratiqués avant la fondation de Rome, et furent adoptés par elle comme institutions essentielles aux rapports pacifiques des états. La première consistait en un traité ou convention d'amitié, avec ou sans formalité, garantissant la sécurité du séjour, pour les membres de l'un des états, sur le territoire de l'autre. Les *amici* étaient considérés comme *in publica tutela* du pouvoir, dans les limites duquel ils résidaient temporairement; ils avaient droit d'obtenir protection pour leur personne ou leur propriété, par l'intervention directe du roi ou de tout autre magistrat souverain (10). *Hospitium*, qui pouvait être

(9) Voir Mommsen, « Das Rœm. Gastrecht », dans ses *Rœm. Forsch.*, vol. I, p. 319 *sq.* [et *Histoire romaine*, trad. Alexandre, t. IV, App. C.; Mispoulet *Institutions politiques des Romains*, t. II (Paris, 1883), p. 10 *sq.*; Padeletti-Cogliolo, pp. 76-80 et notes].

(10) Justinien dit (*Inst.*, IV 10 pr.) que sous le système de procédure *per legis actiones*, le mandat en justice était admis seulement *pro populo, pro libertate* et *pro tutela;* et on a suggéré l'idée que cette dernière expression aurait compris l'intervention en faveur d'un *amicus*, considéré comme *in tutela* du peuple romain tout entier. Mais c'eût été donner à ceux qui étaient *amici*, et rien de plus, — comme, par exemple, un Carthaginois, d'après le traité de 406 U. C. — un droit d'action supérieur à celui qui était accordé aux Latins, alliés bien plus intimes, et qui n'avaient que la *recuperatio*. [Sur ce passage des *Inst.*, le passage correspondant de Gaius (IV 82) et la loi 123 pr., *Dig.*, L. 17, *de R. J.*, où se trouve l'adage « Nemo alieno nomine lege agere potest », il est à propos de rappeler l'opinion de Lenel, *Z. f. R. G. IV.*, p. 149, qui admet qu'on peut choisir un *cognitor* même *in jure*; et surtout celle d'Eisele, *Cognitur u. Procuratur*, Tubingue 1881, qui l'admet non pas pour la procédure *in jure*, mais pour la procédure *in judicio*. Eisele invoque notamment (I §§ 2, 7), cette idée que « lege agere » désigne techniquement la seule procédure *in jure*; il s'appuie aussi sur un passage de Cicéron *pro Rosc.*, § 35. Cette doctrine rendrait bien compte des caractères indiqués pour le *cognitor Vat.*, § 317. Si cette opinion était fondée, on trouverait, dans la distinction entre les deux parties de la procédure, la première application peut être de cette distinction entre le *droit* et le *fait*, qui joua un si grand rôle dans la théorie de la représentation à Rome. *Contra*, Padel. Cogl. pp. 317, 318 en note.]

public ou privé *i. e.* accordé aux citoyens d'un autre état en général, ou seulement à un particulier, et qui était habituellement héréditaire, impliquait quelque chose d'analogue au patronage; l'*hospes*, en effet, était sous la protection d'un *paterfamilias* en particulier, que les règles du *fas* obligeaient à veiller à sa sécurité, à le faire traiter honorablement, comme s'il se fût agi de son client, avec cette différence, que le client était un subordonné, au lieu qu'il était tenu de traiter l'*hospes* comme son égal. Le devoir envers un étranger, qui se trouvait, à votre égard, dans la situation d'hôte, était si pressant que, suivant Sabinus, il venait immédiatement après les devoirs envers les enfants et les pupilles, et avait le pas sur les devoirs envers les clients et les parents (11). Mais il n'y a aucune raison de supposer que, dans la première période au moins de la république, cela donnât à l'hôte aucun droit au-delà des droits d'hospitalité et de protection par l'intermédiaire de son patron. Toute augmentation de droit dépendait des traités, dans le cas d'états étrangers, et pour les sujets déditices de Rome, des concessions faites par elle. Ces derniers paraissent s'être vu conférer ce qu'on appelait techniquement le *jus nexi mancipiique*, — le droit de se servir des formes romaines de contrat et de transfert, et sans doute, des actions romaines, pour la protection de ces droits; mais nous n'avons point de détails authentiques à ce sujet (12).

(11) Gell., V, 13, § 5. Toutefois A. Gelle, lui-même, place l'*hospes* après le client.

(12) Voigt (*XII Tafeln*, vol. I. 273) rattache cela à une disposition mystérieuse des XII Tables sur *les forcti sanatesques* mentionnée dans un passage très incomplet de Festus, v. *Sanates* (Bruns, p. 290) et qu'il reconstruit de la manière suivante (vol. I. p. 733 : — « Nexum mancipiumque idem quod Quiritium forcti sanatisque supra infraque Urbem esto. » « Nex.... forcti sanati » sont les seuls mots de la dis-

Les traités de Rome avec les états étrangers leur assuraient souvent, et avec réciprocité, le *commercium* et la *recuperatio*, quelquefois même le *conubium*. Les trois existaient, par exemple, entre Rome et les cités de la Ligue Latine (13), de même avec les Herniques, dans certains cas, avec les Samnites; et avec les Campaniens, d'après le traité de 414 U. C. (14). Plus fréquemment, ses traités ne conféraient autre chose que le *commercium* et la *recuperatio*, et souvent ils étaient limités à l'*amicitia*, avec des privilèges commerciaux, sur un pied d'égalité internationale. Mais *conubium*, en pareil cas, ne signifiait que le droit d'inter-mariage. Il permettait à un citoyen Romain d'épouser une femme étrangère et *vice versa*, de façon que, dans chaque pays, l'union fût regardée comme *justæ nuptiæ*. Mais il ne donnait point au mari *manus* sur sa femme; elle ne devenait pas Romaine, par le fait qu'il l'était; au contraire, elle restait *peregrina*, et n'était membre de la famille de son mari qu'au point de vue naturel, et non pas au point de vue civil. Néanmoins, les enfants qu'il avait d'elle, étaient sous sa *potestas;* c'était la conséquence *ipso jure* du mariage; tandis que la *manus*

position lisibles dans Festus; mais il dit que les *sanates* étaient ceux qui s'étaient détachés de leurs devoirs de fidélité, mais y étaient revenus promptement, tandis que les *forcti* étaient demeurés fidèles. Ne suffirait-il pas de mettre « nexum mancipiumque forcti sanatisque idem esto »? Voir aussi Voigt, *Jus nat.*, vol. IV pp. 266 — 285; et, dans un sens différent, Hoffmann, *Das Gesetz d. XII Tafeln von den Forcten u. Sanaten*, Vienne, 1886 [Comp. Padel Cogl. p. 71, c, p. 292, m; G. Carle, *le origini del Diritto Romano*, p. 171, p. 199 n. 1].

(13) Du moment que Rome devenait l'associée des cités Latines, c'était chose toute naturelle qu'il y eût *conubium* entre elles; une concession expresse dans la convention était inutile : c'est ce qui explique l'absence de toute mention à ce sujet, dans le traité Cassien de 261.

(14) Voigt, *Jus nat.*, vol. II pp. 147-154.

résultait de la *confarreatio* ou de la *coemptio*, lesquelles étaient impossibles avec une *peregrina* (15). Si la *manus*, qui ne pouvait se dissoudre que par *diffareatio* ou *remancipatio*, avait été une suite du mariage entre Romain et Pérégrin, il aurait été impossible d'accepter le récit fait par Denys d'Halycarnasse, qu'en l'année 257 U. C., avant la guerre contre les Latins, qui se termina par la victoire du Lac Régille, le sénat Romain ordonna que tous les mariages mixtes seraient considérés comme dissous, de sorte que toutes les femmes Latines, mariées à des citoyens Romains, étaient libres de retourner dans leur pays, tandis qu'on engageait toutes les femmes Romaines, mariées à des Latins, à retourner dans le leur (16). Le *commercium*, conféré par traité, donnait aux citoyens de l'un des états le droit de trafiquer dans l'intérieur de l'autre, suivant les formes de transfert et de contrat spéciales à ce dernier. La seule question difficile, s'y rattachant, est de savoir si cela renfermait, ou non, un droit en faveur des citoyens de l'un des états alliés d'occuper des terres et d'autres biens immobiliers sur le territoire de l'autre. Le fait que, dans la réalité, les Latins, avec le temps, s'établirent à Rome, et acquirent un droit de vote limité dans les comices par tribus, ne doit pas nécessairement être attribué à cette circonstance qu'ils possédaient le *commercium*; mais les opinions varient à ce sujet. Le troisième élément de la triade, *recuperatio*, souvent appelé *actio* dans les traités,

(15) Comme la *coemptio* était une transaction *per aes et libram* purement civile, et que le *commercium* (qui contenait la faculté de faire mancipation) accompagnait toujours le *conubium*, il est possible que la *manus* pût être acquise par *coemptio* avec une *peregrina*; mais les auteurs semblent contraires à cette opinion.

(16) Denys, V. 1 Ce qu'il déclare ensuite, — qu'après la dissolution de ces mariages, les fils devaient aller avec leur père, les filles avec leur mère, — est moins croyable.

était le droit de faire usage de la procédure judiciaire sous une forme internationale : il en sera fait mention dans une section subséquente (16 *bis*).

SECTION 26. — LA GENS OU CLAN.

Il était inévitable que les rapports de gentilité fussent touchés par le code décemviral, dont l'un des objets principaux était de donner à tous les citoyens des droits égaux (1), qu'ils se trouvassent membres de l'association d'une *gens*, ou non. Certaines des coutumes et prérogatives du clan n'avaient, sans aucun doute, pas à être inquiétées, — celles, particulièrement, dont l'exercice ne pouvait fournir aucune occasion de lutte avec la loi générale (*lex publica*). Tant qu'elle n'était point en conflit avec cette loi, toute association ou corporation légale (*sodalitas*) avait le droit d'édicter, pour son propre gouvernement, les règles qu'elle jugeait applicables et de les mettre en vigueur parmi ses membres (2) : la même liberté ne pouvait pas être refusée aux clans patriciens. Ils conservèrent donc leur droit de faire des règlements, leurs *sacra* particuliers, leurs terres et leurs autres biens, leur juridiction disciplinaire sur leurs membres, leur droit de refuser leur consentement à laisser sortir de leurs rangs une famille pour fonder une *gens* nouvelle, leur pouvoir de sanctionner ou de défendre le mariage d'une femme,

[16 *bis*. Sur tous ces points voir Mispoulet, *institutions politiques des Romains*, t. II, p. 13 *sq*.; Padel Cogl., p. 75 i, pp. 76-80, et notes; G. Carle, pp. 571,576, où il enseigne que la *recuperatio* et l'action *sacramento* sont les deux procédures les plus anciennes, et remontant aux origines de la cité, — l'une pour les différends entre nationaux, l'autre pour les différents entre nationaux et étrangers.]

(1) « Duodecim tabulæ finis aequi juris » (Tac., *Ann.*, III. 27).

(2) G., *lib. 4 ad XII Tab.*, (Dig., XLVII. 22,4).

qui n'avait pas le privilège personnel de la *gentis enuptio*, avec un homme appartenant à une autre *gens* (3) : l'exercice de privilèges de ce genre, qui ne concernaient que les seuls patriciens, ne pouvait pas être en conflit avec la loi générale, dont les dispositions atteignaient également patriciens et plébéiens. Mais il en allait différemment des questions qui, réglées auparavant dans l'intérieur de la *gens* par sa coutume ou ses statuts, étaient maintenant introduites dans le domaine du droit commun, et faisaient l'objet de règles générales. La *gens* avait autrefois revendiqué un droit de succession à l'égard de ses membres décédés sans testament et sans héritiers de leur sang ou par adrogation (§ 11) : mais un nouvel ordre de succession *ab intestat* fut introduit par les XII Tables (§ 32) : et permettre aux statuts ou coutumes de la *gens* de l'écarter, eût été incompatible avec l'idée du *jus æquum*. De même de la tutelle et de la curatelle. La *gens* avait pourvu à la garde de ses membres impubères, femmes, faibles d'esprit et se chargeait de la surveillance des gardiens (§ 9) : mais les XII Tables traitèrent la question dans son ensemble, dans l'intérêt des citoyens ne faisant point partie d'une *gens*, aussi bien que des citoyens *gentiles* ; et, par suite, toutes les règles des *gentes* à ce sujet furent, pour l'avenir, subordonnées à celles du droit commun. Il en fut de même de l'interdiction des prodigues (p. 41) : le droit de la prescrire passa dorénavant aux consuls et, plus tard, au préteur. Et quant aux clients, la juridiction précédemment

(3) Mommsen, *Rœm. Forsch.*, vol. I, p. 10. Il n'est pas certain que la sanction de la *gens* fût nécessaire au cas d'une *filiafamilias* passant *in manum mariti* ; car son mariage ne pouvait frustrer la *gens* d'aucune chance de succession ; mais la raison de cette sanction est évidente au cas d'une femme *sui juris*. [Joignez Mommsen, *droit public romain* (trad. Girard) t. VI, p. 21 et n. 3].

exercée sur eux par la *gens*, passa au magistrat civil ordinaire, excepté pour les questions qui s'élevaient entre eux et leurs patrons et ne tombaient point dans le domaine des XII Tables : maintenant, en effet, ils étaient citoyens, aptes à posséder l'égalité des droits, sur le même pied que leurs concitoyens ; et ce n'était pas le moindre de ces droits que de pouvoir poursuivre et être poursuivi devant les tribunaux ordinaires, et d'être jugé suivant le nouveau *jus scriptum*.

Section 27. — Les Rapports de Famille proprement dits.

1. Autant qu'il semble, les XII Tables ne firent aucune incursion dans le droit, qui réglait les rapports entre mari et femme, sauf en reconnaissant la légalité du mariage contracté sans solennité et n'impliquant point cette sujétion de la femme au mari (*manus*), qui était une conséquence nécessaire de la *confarreatio* patricienne (p. 33) et de la *cœmptio* plébéienne (p. 84). Ces dernières furent laissées intactes. Mais il paraît bien que ce soit devenu une pratique, chez certains plébéiens, de nouer le lien matrimonial d'une façon assez relâchée dans le principe ; peut-être, — comme cela devint tout à fait général à une époque postérieure, — par suite de l'opposition des femmes à renoncer à leur indépendance et à leur droit de conserver leurs propres biens et gains : plus probablement, parce que le fait de prendre une femme, pour en faire simplement la mère de leurs enfants (*matrimonium*), s'était imposé à eux, avant l'introduction de la *cœmptio*, comme moyen de faire d'elle une épouse légitime, et qu'ainsi ils s'y étaient, en quelque sorte, habitués. Mais on paraît aussi trouver l'idée que la possession prolongée, qui pou-

vait faire acquérir la propriété d'une chose, lorsque le titre légal d'acquisition était défectueux, pourrait de même faire acquérir la *manus*, avec toutes ses conséquences, sur une femme, avec laquelle on s'était ainsi uni sans formalité, grâce à une cohabitation prolongée avec elle, en qualité d'épouse. C'était devenu le droit coutumier. Les XII Tables l'admirent : tout ce qu'il fallait, c'était définir les conditions sous lesquelles l'adjonction de la *manus* serait considérée comme faite, et l'épouse, douteuse *uxor*, transformée en *materfamilias* légitime (1). De là, la disposition d'après laquelle une femme, qui, mariée sans *confarreatio* ni *cœmptio*, désirait retenir son indépendance, devait s'absenter périodiquement, pendant trois nuits, de la maison maritale ; douze mois de cohabitation non interrompue, étaient en effet requis pour donner au mari ce pouvoir, qui eût été créé immédiatement, si le mariage avait été accompagné de l'une ou l'autre des solennités reconnues (2).

(1) « Genus est uxor, ejus duæ formæ : una matrumfamilias, eæ sunt quæ in manum convenerunt ; altera earum, quæ tantummodo uxores habentur » (Cic., *op.*, 3, § 14). Boëce, commentant ce passage, dit que le mot *materfamilias* n'était appliqué qu'aux femmes, qui étaient tombées *in manum* par *coemptio*. Son erréur peut être due au fait qu'il tirait son renseignement de quelque auteur ayant écrit après que la *manus* à la suite de cohabitation fut tombée en désuétude, et que la loi eut déclaré que la *confarreatio* ne la produirait plus, si ce n'est *quoad sacra* (G. I, §§ 111, 136). [Cette interprétation des mots *uxor* et *materfamilias*, d'après Cicéron, *l. c.* et A. Gelle, IV, 3 ; III, 2 ; XVIII, 6 ; est généralement suivie. Voir Esmein, *mélanges*. Paris, 1886, p. 7, et n. 4. M. Labbé cependant y résiste et affirme que le mot *materfamilias* n'a aucun sens technique La femme *in manu* est si peu *materfamilias*, qu'elle est *loco filiæ*. Labbé, *du mariage romain et de la manus*, Nouv. Rev. Hist. 1887, p. 16].

(2) G. I. 111 ; Macrob., Sat., I, 3, § 9, [L'institution se retrouve dans l'ancienne loi du Jutland, sous une forme analogue. Dareste, *anciennes lois du Danemark*. J. des savants 1881, p. 110. — Sur l'ordre chronologique respectif des trois formes de *conventio in manum*, voir

Dans les fragments des XII Tables, si laborieusement réunis, il n'y en a point qui se rapporte à un avantage matrimonial (*dos*) pour la femme : mais il est difficile de croire que cela fut encore inconnu. Justinien dit que, dans l'antiquité, c'était regardé comme une donation faite au mari, en même temps qu'à la femme (3), plutôt que comme un bien séparé, dont le mari aurait la jouissance pendant la durée du mariage et qui devrait faire retour à la femme ou à ses représentants, lors de la dissolution. Et il est aisé de voir que, là où il y avait *manus*, tel doit bien avoir été à l'origine le caractère de la dot, puisque la femme devenait membre de la famille de son mari, et que tout ce qui était à elle devenait la propriété de ce dernier. Mais, même dans le cas où un homme donnait en mariage sa fille (*filiafamilias*) — qui ne pouvait rien avoir en propre, — et en même temps promettait au mari une dot, il devait y avoir un moyen de droit pour le contraindre à la payer : et il y a beaucoup à dire en faveur de la conjecture de Voigt, qu'on employait dans ce but une *actio dictæ dotis* (4).

Esmein, *mélanges* p. 8 *sq.* — Sur la question de savoir si le mariage légitime impliquait à l'origine la *manus*, voir Esmein *cod.* p. 6 *sq.* ; Labbé *op. c.* dans la note 1.].

(3) *Cod. Inst.*, V. 3, 20 [Argt. tiré de ces mots « . . .. non simplices donationes..... sed propter dotem et propter nuptias factae. »]

(4) Voigt, *XII Tafeln*, vol. II, p. 486. La *dotis dictio* de l'époque classique, décrite par Gaïus (III. 96) et Ulpien (*Frag.* VI § 1, 2) avait un caractère différent, car elle supposait l'absence *de manus* et la possibilité pour la femme d'en être elle-même débitrice. La *dictio* faite par le père, dans le droit ancien, doit avoir été regardée comme quelque chose de plus qu'un *nudum pactum*, et par suite devait donner lieu à une action, en vertu de la *confarreatio* ou de la *coemptio* qu'elle accompagnait ; exactement comme les *dicta*, sur les qualités du terrain qu'on vendait, donnaient lieu à une action, parce qu'ils étaient devenus partie intégrante du transport *per aes et libram* (*infrà*, § 30). [Cogliolo adopte une manière de voir analogue ; mais conjecture qu'à l'origine la constitution de dot se faisait par *mancipatio dotis* ou *datio*, précédée

Quant au divorce, Cicéron fait une allusion vague à une disposition des XII Tables, au sujet d'un homme, qui ôte à sa femme les clefs de la maison, et la chasse de chez lui avec des paroles telles que : « Prends ce qui t'appartient et va-t-en » (5). Une procédure aussi sommaire et aussi élémentaire ne peut guère s'être appliquée, quand le mariage avait été contracté par *confarreatio* ou *coemptio*. On nous dit que le divorce, sauf au cas d'inconduite grave de la part de la femme, quoique légal, était inconnu dans la pratique jusqu'au sixième siècle de Rome et que jusqu'à la même date, le mari, qui renvoyait sa femme, quelque sérieux que fût son motif, sans consulter le conseil de famille (*consilium domesticum*) s'exposait à des peines infligées par les censeurs. D'ailleurs, un mariage contracté par la *confarreatio* ne pouvait être dissous *inter vivos* que par la *diffarreatio* (6), et celui qui avait été contracté par *coemptio*, seulement par la *remancipatio* (7). Il est donc infiniment probable que la disposition, à laquelle Cicéron fait allusion, se rapportait au mariage relâché et

peut être d'une *dictio* solennelle. Cogliolo *Evoluzione*, p. 36 : Padel. Cogl. p. 179 i. D'autres ont vu dans la *dictio dotis* une *lex mancipii*, une *nuncupatio linguae* accompagnant la mancipation de la femme, faite par le père au mari. — Sur ces points, et sur la date des formes de constitution de dot et l'origine de l'obligation de restituer, consulter Padel. Cogl. p. 177, h., p. 178, i ; Gaddi, *Crenologia* et *Muirh*, (trad.) n. 246].

(5) Cic., *Phil.* II, 28, § 69. Voir également Cic., *De Orat.*, I. 40, § 183 ; G. *ad. ed. prov.*, au *Dig.*, XXIV. 2, fr. 2 § 1.

(6) Paul Diac., v. *Diffareatio* (Bruns, p. 266). [Sur la *diffareatio* et la *remancipatio*, voir Padel. Cogl., p, 168 et note 1.]

(7) A l'époque de Gaïus (I. 137 a), un mariage contracté par *coemptio* pouvait être dissous par simple répudiation *quoad* les relations matrimoniales ; la *remancipatio* n'était nécessaire que pour éteindre la *manus*. Mais cette doctrine est évidemment d'une période bien plus récente que les XII Tables, et elle s'introduisit après qu'on fut arrivé à regarder la *manus* comme un rapport susceptible d'exister en dehors du mariage (voir G., I, 114).

sans formes des plébéiens, dans laquelle la femme n'était tout au plus que *uxor*, et non *materfamilias*; et que son but était d'assurer l'usage devant témoins d'un acte prescrit, mais simple, avec des paroles correspondant à l'acte, le tout destiné à servir de preuve positive qu'on avait mis fin à ces relations.

2. Une disposition des XII Tables, se rattachant au droit qui régissait les rapports entre père et enfant, et sans doute dans le but de régler les questions qui pouvaient s'élever sur le droit d'un enfant, né après la mort du père, à lui succéder comme l'un de ses héritiers du sang, déclara que la naissance devait avoir eu lieu dans les dix mois de la mort du père prétendu; ce délai correspondant à la période la plus longue de gestation possible (8). Deux ou trois autres fragments se rapportent à la *patria potestas* (p. 31). Ce pouvoir du chef de famille sur ses enfants était supposé si bien établi par le droit coutumier, qu'il n'avait besoin d'aucune sanction ni définition de la loi. La seule question de principe, qu'on n'aurait pas été surpris de trouver traitée, était celle de savoir si la *potestas* résultait d'un mariage contracté sans formalité, et qui n'avait pas été suivi d'une cohabitation non interrompue pendant un an. Les patriciens, dans les débats sur la loi Canuleia, quelques années plus tard (pp. 44, 110), ne pouvaient trouver de langage assez outrageant pour dépeindre de pareilles unions; cependant le silence des XII Tables sur ce chapitre, autant qu'on en peut juger d'après les fragments que nous possédons, semble indiquer que, bien que la position de la femme fût inférieure jusqu'à l'achève-

(8) Gell., III, 16, § 12. Il ne fut pas rare, plus tard, chez un testateur pourvoyant au sort de ses enfants posthumes, de faire de leur naissance dans les dix mois de son décès une condition expresse de succession.

ment de l'année de cohabitation non interrompue, celle des enfants, en ce qui concerne la *potestas* (9), était la même que s'ils étaient nés d'un mariage par *confarreatio* ou *coemptio* (10). Cicéron dit que les XII Tables apportèrent au pouvoir du père cette limitation (quoique Denys d'Halycarnasse l'attribue à Romulus) (11), — que, tandis qu'il pouvait exposer un enfant nouveau-né, d'une difformité grave, il ne lui était pas permis de le tuer (12); mais cela n'affectait point, bien entendu, son droit général de vie ou de mort, qui était un complément de sa juridiction domestique.

Un autre point de détail intéressant, tenant à la *patria potestas*, était traité dans le texte, qui s'exprimait ainsi: « Si paterfamilias ter filium venum duit, a patre filius liber esto (13) ». Les jurisconsultes en vinrent à interpréter ce passage en ce sens, que le lien de la *potestas* était si puissant, qu'il ne pouvait être définitivement dénoué que si le père avait, par trois fois, employé le procédé de vente fictive, par lequel on réalisait l'émancipation. Mais l'idée de la loi semble indiquer que son but originaire était d'accorder un avantage à un fils *in potestate*, en l'en déclarant affranchi *ipso jure*, en une certaine oc-

(9) Être né d'un mariage contracté *confarretione*, était une qualité nécessaire pour les prêtres supérieurs (G., I. 112).

(10) Karlowa (*Rœm. Ehe*, p. 7) exprime l'opinion que les enfants nés d'un mariage sans formalité, qui n'avait pas été régularisé, avant leur naissance, par l'*usus* d'un an, n'étaient pas *in potestate* et ne pouvaient pas être *sui heredes* de leur père, mais la *potestas* dependait des *justæ nuptiæ*, *i. e*, de l'existence du *conubium*, — non d'une cérémonie de mariage; et c'est un fait notoire que, dans le droit postérieur, le mariage était purement consensuel, et néanmoins les enfants *in potestate*.

(11) Denys d'Hal., II 15; *supra*, p. 35.

(12) Cic., *De leg.*, III. 8, § 19.

(13) G. I. 132; Ulp. X. 1. Cela aussi est attribué par Denys d'Halycarnasse (II 15) à Romulus.

casion, plutôt que de mettre des difficultés sur le chemin de son émancipation. « Si un père de famille a vendu trois fois son fils, ce dernier sera libre à l'égard de son père. » Les termes semblent montrer l'intention de délivrer le fils de ce qui, par une répétition fréquente, indiquait une absence totale d'affection paternelle, plutôt qu'une soumission contrainte à une nécessité accablante. L'objet n'aurait-il point été de restreindre la pratique, qui dura jusqu'à une époque avancée de l'empire, parmi les débiteurs, de donner leurs enfants à leurs créanciers, en garantie de leurs prêts (14), — procédé qui, à l'époque des XII Tables, ne pouvait être réalisé que par un transfert réel de l'enfant *per æs et libram*, comme esclave libre (*mancipii causa*, sous la condition de retransfert, après remboursement du prêt ?

Autant qu'il semble, il n'y avait rien, dans les XII Tables, sur l'adrogation d'un *paterfamilias* ou l'adoption d'un *filiusfamilias* comme moyen de recruter la famille, à défaut de postérité naturelle. Quant à la première, on suppose que, n'étant possible que dans les comices par curies, dans lesquels les plébéiens n'avaient toujours aucun accès, elle était encore une institution exclusivement patricienne. La deuxième était une adaptation du tranfert *per æs et libram* (§ 13). Le père naturel mancipait son enfant à un ami, pour un prix nominal, (procédé répété deux fois encore dans le cas d'un fils), puis l'ami le remancipait au père. Entre les mains de ce dernier, l'enfant n'était plus *in potestate*, mais *in mancipio;* il était main-

(14) Paul., au *Dig.*, XX. 3, 5, dit que le créancier, qui recevait sciemment un *filiusfamilias* de son débiteur, en garantie, était passible du bannissement. Mais la pratique continua encore; car elle fut de nouveau défendue par Dioclétien, au *Code* VIII, 17, 6, et IV, 43, 1, et par Justinien *Nov.* 134, c, 7.

tenant dans une situation dans laquelle il pouvait être transféré à l'adoptant. C'est ce qui était réalisé par l'*in jure cessio*, — procès de complaisance dans lequel l'adoptant affirmait que l'enfant était son *filius familias*, et où le jugement était immédiatement rendu en sa faveur, sur l'aveu ou l'acquiescement tacite du père (15).

3. La nature des rapports entre maître et esclave, comme celle de la *manus* et de la *patria potestas*, semble aussi avoir été trop connue pour avoir eu besoin d'être exposée dans les XII Tables. Nous n'avons connaissance que de deux mentions à ce sujet, l'une, à propos du cas d'un esclave, à qui il avait été fait un legs de liberté sous condition (*statu liber*) (16), l'autre, à propos de l'abandon noxal (*noxæ deditio*) (17). La première est intéressante, en ce qu'elle montre le progrès déjà réalisé dans les dispositions testamentaires, — le testateur autorisé, non seulement à affranchir un esclave par acte de dernière volonté, mais à y ajouter une condition, comme le paiement d'une certaine somme à fournir par l'esclave à l'héritier. La disposition des XII Tables déclarait que la condition ne pourrait pas être déjouée par le fait de l'aliénation de l'esclave par l'héritier : son *status* conditionnel devait le suivre, et le paiement fait à toute personne l'ayant acquis de l'héritier, devait être aussi efficace que s'il avait été fait à l'héritier lui-même. La disposition au sujet de l'abandon noxal, selon toutes probabilités, n'était pas limitée à l'esclave, mais avait pour effet de déclarer que si un membre de la famille (*familiaris*), *i. e.* un fils ou une fille *in potestate*, ou un esclave commettait un vol envers un tiers,

(15) G. I. 134.
(16) Ulp., *Frag.*, II, 4; Modest. au *Dig.*, XL, 7, 25.
(17) G., IV, 76; Just., *Inst.*, IV, 9 pr.

ou un dommage à sa propriété, ou encore si un animal domestique, appartenant à une personne, en blessait une autre, le père de l'enfant coupable, le propriétaire de l'esclave ou de l'animal devraient les livrer à la victime du délit, ou bien fournir des dommages intérêts en réparation du tort. On en vint, avec le temps, à considérer l'abandon comme un moyen d'éviter l'obligation primordiale de fournir réparation. Mais la jurisprudence comparée reconnaît dans cette décision des XII Tables un vestige modifié du droit ancien, appartenant à la victime d'un délit, d'obtenir livraison du *corpus* délinquant, — homme, bête ou chose, — pour assouvir sur lui sa vengeance privée (18). La modification consiste dans l'alternative d'une réparation offerte au propriétaire. Cet abandon noxal, à défaut de réparation, était tombé en désuétude pour les filles *in potestate* avant Gaius, et, pour les fils, avant Justinien ; mais le droit demeura sans changement pour les esclaves et les animaux domestiques, même dans la législation de cet empereur.

Section 28. — Tutelle et Introduction de l'Ordre des Agnats.

Tant que Rome fut patricienne, la *gens* se chargeait de veiller, après le décès d'un de ses membres, à la garde de ses enfants impubères orphelins, de sa veuve et de ses filles pubères non mariées (*tutela*), aussi bien qu'à celle des membres mâles de sa famille, *sui juris*, mais pubères, au cas de folie, faiblesse d'esprit, prodigalité ou infirmité

(18) Dirksen, *Civilistiche Abhandlungen* (Berlin, 1820), vol. I, p. 104 ; Holmes, *Lectures on the Common Law* (Boston, 1882), p. 9. [Girard, *des actions noxales*. Nouv. Rev. hist. 1887, p. 411 *sq.*]

incurable (*cura. curatio. curatela*). Cela avait lieu en supposant, au regard des enfants, de la veuve et des filles pubères non mariées, qu'aucune désignation testamentaire de tuteurs, faite par le père décédé, n'avait destitué la *gens* de sa mission (quoiqu'il soit impossible de dire si les nominations par testament étaient alors tenues pour valables). La *gens*, réunie en conseil, selon toutes probabilités, désignait un de ses membres pour jouer le rôle de tuteur ou curateur, suivant le cas; elle-même lui prescrivait ses devoirs, et l'appelait à rendre compte de toute faute dans son administration. Sa fonction était regardée comme revêtue d'un caractère très sacré, au moins quand il s'agissait de pupilles impubères. Aulu Gelle et d'autres parlent à plusieurs reprises de la gravité du devoir, que l'on considérait comme confié aux tuteurs, et de l'odieux d'une infidélité de leur part (1).

Mais comme cette ancienne tutelle gentilicienne ne pouvait être étendue aux plébéiens, à qui une institution de garde était aussi nécessaire qu'à leurs concitoyens de l'ordre supérieur, les décemvirs jugèrent à propos d'en imaginer une nouvelle, d'application universelle. Les XII Tables ne contenaient aucune clause expresse autorisant la nomination testamentaire de tuteurs pour la veuve du testateur, ou ses enfants impubères et ses filles pubères non mariées; mais une désignation de ce genre, si elle avait été inconnue auparavant, fut bientôt considérée comme justifiée par une interprétation libérale de la disposition très compréhensive — « uti legassit suae rei ita

(1) Ex moribus populi Romani primum juxta parentes locum tenere pupillos debere, fidei tutelaeque nostrae creditos... M. cato... ita scripsit ; quod majores sanctius habuere defendi pupillos quam clientem non fallere » (Gell., V, 13, §§ 2, 4).

jus esto »(2). En l'absence de nomination testamentaire, les plus proches agnats mâles, ayant l'âge requis par la loi, devaient être tuteurs. Cette tutelle des agnats était une invention des décemvirs, tout comme le droit de succession *ab intestat* des agnats (§ 32 n. 15). Les plébéiens n'avaient point de *gentes*, au moins n'en eurent pas jusqu'à une époque bien postérieure ; de sorte que, pour rendre la loi égale pour tous, il était nécessaire d'introduire un nouvel ordre d'héritiers et de tuteurs. « Tutores... ex lege XII Tabularum introducuntur... agnati », tel est le langage très remarquable d'Ulpien (3). Et ses expressions sont tout à fait semblables, quand il parle de leur droit de succession; au lieu qu'il dit des hérédités testamentaires simplement qu'elles furent *confirmées* par les XII Tables (4), il explique que les *legitimæ hereditates* des agnats et des patrons, *dérivèrent* de ces lois (5). Les expressions *legitima cognatio* (6), *legitima hereditas*, *legitimi heredes*, *tutela legitima*, *tutores legitimi*, elles-mêmes proclament l'origine de l'agnation, de l'hérédité agnatique, de la tutelle agnatique ; car, bien que le mot *legitimus*

(2) C'est ainsi que la loi est donnée par Gaius, II, 224. Les mots « super pecunia tutelave » intercalés par Ulpien (*Frag.* XI 24) et d'autres auteurs, après « legassit », sentent la glose des interprètes.

(3) Ulp., *Frag. XI*, 3; voir note 7.

(4) Ulp., *ad leg. Jul.* au *Dig.*, L. 16, 130, — « lege duodecim Tabularum testamentariae hereditates confirmantur. »

(5) Ulp. *Frag.*, XXVII, 5, — « legitimae hereditatis jus... ex lege duodecim Tabularum descendit ». Cette origine de l'hérédité agnatique, dérivée des XII Tables, fut remarquée spécialement par Danz, dans sa *Gesch, d. R. R.*, vol. II, p. 95 ; mais on n'y prend généralement pas garde.

(6) « Vocantur autem agnati qui legitima cognatione juncti sunt » (G. III, 10). Avant les XII Tables, la parenté et les parents étaient toujours désignés par les termes *cognatio* et *cognati* ; ce ne fut qu'après elles que ces mots prirent une signification plus étroite, limitée aux parents autres que les agnats.

pût être appliqué à toute institution basée sur la loi, néanmoins, dans le cas ordinaire, il indiquait une institution introduite par les XII Tables (7), la loi des lois.

Les agnats d'une personne étaient ceux de ses parents qui étaient soumis à la même *patria potestas* que lui-même, ou qui l'auraient été, si l'ancêtre commun avait encore été en vie (8). Par conséquent, les fils et les filles *in potestate*, unis par le lien du sang ou par l'adoption, et la femme *in manu* (qui était *filiæ loco*) (9), étaient agnats entre eux (10), mais une femme, qui n'était pas *in*

(7) Legitimi tutores sunt, qui ex lege aliqua descendunt : per eminentiam autem legitimi dicuntur, qui ex lege XII Tabularum introducuntur » (Ulp., XI, 3).

(8) Cette définition est plus simple que celle qui est donnée par Gaius (I. 156), et Justinien (*Inst.*, I. 15, § 1, et III. 3, § 1). Celle d'Ulpien (*Frag.*, XXVI. 1), qui semble refuser à toute femme, sauf une sœur, la qualité de parente agnate, a subi l'influence de l'interprétation restrictive donnée au mot *agnatus*, à propos du droit de succession, par les jurisconsultes de la deuxième moitié de la république, et est incompatible avec la signification du terme dans les XII Tables, (voir *Inst.*, III 3, § 3 a).

(9) G. I, §§ 115 b, 136. II, 139.

(10) Quoique un mari et sa femme *in manu*, un *paterfamilias* et ses enfants *in potestate* fussent, en un certain sens, agnats entre eux, toutefois, pour des raisons faciles à saisir, ils n'étaient point d'ordinaire appelés ainsi. Dans le langage de tous les jours, l'agnation était une parenté collatérale. Chez certains jurisconsultes, — *e. g.*, Ulpien (*Frag.* XXVI. 1) — les frères et sœurs, nés du même père, étaient de préférence appelés *consanguinei*. (Ils ne pouvaient, bien entendu, être agnats, qu'à la condition d'avoir le même père. [C'est un fait reconnu que les *sui* sont en même temps des agnats, et que les agnats, — chez les patriciens — ont en même temps la qualité de *gentiles*. Voir Mommsen, droit public Romain. t. VI, p. 9, n. 1, — Quant à la distinction entre les agnats proprement dits et les *consanguinei*, qui arrivèrent à former un ordre de successibles à part, Bernhoft a une théorie particulière (*Zur Geschichte des Europaischen Familienrechts*, Z. f. V. R. W. 1888, pp. 209, 210.) Il rattache la consanguineité à l'idée de la parenté par les mâles qui avait succédé à la parenté par les femmes. L'agnation, au contraire, ne se rattacherait pas à l'idee de génération, de parenté par le sang, mais simplement à la notion de puissance. A cette époque, les adoptés seraient des agnats, et non pas des consanguins. Peut-être pourrait-on dire que la *gentilitas* des

manu, n'était pas l'agnate de ses enfants, et les enfants, qui avaient été émancipés ou *capite minuti* (§ 29) d'autre façon, n'étaient pas non plus les agnats, ni de leurs frères et sœurs, ni de leur mère *in manu*. On était l'agnat des enfants de son frère, en supposant toujours qu'il n'y avait eu de *capitis deminutio* d'aucun côté ; mais on n'était pas l'agnat des enfants de sa sœur, car ils n'étaient point *ejusdem familiæ* (11) ; ils étaient agnats de la famille de leur père, non point de celle de leur mère. De la même façon, et toujours en l'absence de *minutio capitis*, les enfants de frères étaient agnats entre eux, mais non point les enfants d'un frère et d'une sœur ou de deux sœurs. Frères et sœurs étaient agnats du deuxième degré : on était agnat au troisième avec les enfants de son frère : les enfants de deux frères (*consobrini*) l'étaient au quatrième et ainsi de suite ; avec cette condition, toutefois, que la parenté résultât toujours d'un mariage légitime, ou d'une adoption, sous l'une ou l'autre de ses formes.

Quand donc un homme mourait, laissant des descendants du sexe masculin impubères ou des descendants non mariés, qui, par sa mort, devenaient *sui juris* (12), leurs

anciens patriciens était une parenté plutôt consanguine qu'agnatique, et, s'il est vrai, que les XII Tables aient introduit l'agnation (voir p. 156 et n.), on aboutirait à la conclusion qu'elles ne se seraient pas bornées à mettre à part un certain nombre de parents *gentiles*, mais qu'elles auraient réellement modifié le fondement et la notion de la parenté. La définition de la *gentilitas*, donnée par Cicéron (*Top.* 6), pourrait être interprétée en ce sens; les adoptés ayant subi une *capitis deminutio*, ne seraient pas *gentiles*. Comp. H. Michel, *Droit de cité*, Paris, 1885, pp. 167, 168.]

(11) Ulp, *Frag.* XXVI, 1.

(12) Les personnes *suis juris* étaient les seules à avoir besoin de tuteurs ou à pouvoir en avoir. Un petit-fils *in potestate*, dont le père vivait et n'avait point subi de *capitis deminutio*, passait sous la *potestas* de ce dernier à la mort du grand père, et ne devenait pas *sui juris*.

frères ayant l'âge requis par la loi devenaient leurs tuteurs ; si sa femme lui survivait, et qu'elle eût été *in manu*, les fils de cette femme, ou peut-être ses beaux fils, remplissaient à son égard la même qualité ; dans l'un et l'autre cas, ils prenaient ces fonctions comme étant les plus proches agnats mâles aptes à les remplir. Si la veuve n'avait point de fils ou beaux-fils majeurs et, par conséquent, les enfants, point de frères, la tutelle était dévolue aux agnats suivants de l'ordre, — *i. e.* les frères germains et consanguins de l'époux et père décédé, car ils étaient agnats du troisième degré. Et ainsi de suite pour les agnats du quatrième degré et des degrés plus éloignés (13). A défaut d'agnats en état de prouver leur proximité, la tutelle passait probablement à la *gens*, lorsque le pupille se trouvait faire partie d'une *gens*. Cela n'est constaté nulle part d'une façon expresse ; mais Cicéron rapporte une décision, qu'il dit être des XII tables attribuant la garde d'un fou aux *cogentiles*, à défaut d'agnats (14) ; et l'analogie paraît bien justifier l'extension de la même règle au cas de pupilles impubères sains d'esprit, ou de femmes (15).

(13) Pour déterminer le degré de proximité entre deux personnes, il fallait compter les générations, en remontant de la première à l'ancêtre commun, et redescendant de ce dernier à la deuxième personne. Par conséquent, des frères étaient parents au deuxième degré, un oncle et un neveu, au troisième, des cousins germains, au quatrième, et ainsi de suite : « tot gradus quot generationes. »

(14) Cic., *De inv.*, II. 50, § 149, Comp. Paul, au *Dig.*, L, 16, 53.

(15) La *gens* succédait *ab intestato*, à défaut d'agnats ; et Gaïus (I. 165) dit que c'était un principe général que la tutelle et la succession marchaient de compagnie. Mais on devrait observer que la succession de la *gens* se justifiait amplement par la règle, qui refusait l'hérédité aux agnats d'un degré plus éloigné, s'il en existait un plus proche, lors de l'ouverture de la succession (G. III, §§ 12, 22) ; au lieu qu'aucune règle de ce genre n'était reconnue dans la dévolution de la tutelle (Just., *Inst.* III. 2. 7). Le passage, dans lequel on suppose que

Il est naturel de supposer qu'en introduisant une institution qui, pour les plébéiens au moins, était nouvelle, les XII Tables durent donner quelque indication sur la nature des pouvoirs, des devoirs et des responsabilités des tuteurs. Elles ne pouvaient pas être très minutieuses à ce sujet : car la tutelle était un *officium* à remplir non pas d'après des règles raides et inflexibles, mais d'après les préceptes de la *fides* — un soin honnête et consciencieux des intérêts du pupille (15 *bis*). Tout ce que nous savons avec certitude est que le tuteur, qui détournait, pour son propre usage, un objet appartenant à son pupille, s'exposait à une action *ex delicto*, — variété de l'*actio furti* — au double de la valeur de l'objet (16) : et que si son administration était suspecte, tout le monde pouvait intenter une action dans l'intérêt du pupille, pour faire écarter le tuteur (17). Il était, sans aucun doute, tenu de rendre compte en tous cas quand la tutelle d'un pupille mâle (au moins) prenait fin ; mais on ne voit point comment cette obligation était sanctionnée à l'origine ; l'*actio tutelæ* ordinaire, quoique Cicéron en parle comme si elle était de quelque antiquité, semble avoir procédé de règles, qui ne devinrent familières qu'au sixième siècle, au plus tôt.

La curatelle des mineurs pubères fut d'une époque bien postérieure aux XII Tables. Les seules curatelles, qu'elles sanctionnaient, étaient celles des fous et des

Gaïus parlait du droit de la *gens*, en matière de tutelle (*i. e.*, entre les §§ 164 et 165 de son premier livre), est malheureusement illisible.

[15 *bis*. Sur la nature de la tutelle et de la curatelle, consultez Gérardin, *La tutelle et la curatelle dans l'ancien droit romain*, Paris, 1889 (extrait de la Nouv. Rev. histor. Janv.-févr. 1889).]

(16) Tryph. au *Dig.*, XXVI. 7, 55 § 1.

(17) Ulp. au *Dig.* XXVI. 10, 1, § 2 ; Just., *Inst.*, 1, 26, pr.

prodigues. Un fou (*furiosus*) était confié aux soins de ses agnats et, à leur défaut, de ses *gentiles* (18) : et quelques mots de Festus semblent indiquer que des arrangements devaient être pris pour le mettre sous bonne garde (19). En dehors de cela, nous ne savons rien de la curatelle décemvirale des fous, ni des personnes envers qui les gardiens étaient responsables. La curatelle du prodigue (*prodigus*) résultait probablement de son interdiction. Dans les premiers temps, c'était là un cas d'intervention de la *gens*. Mais les XII Tables semblent avoir transporté au consul (20) la connaissance de l'inconduite d'un prodigue, qui était en chemin de dissiper son patrimoine (*bona paterna avitaque*), et de réduire ses enfants à la pauvreté : et le fait de son interdiction semble avoir donné à ses agnats le droit, — ou plutôt, puisqu'il lui était défendu désormais d'administrer ses propres affaires, les avoir placés dans la nécessité — de prendre à son égard la position de gardiens (21).

SECTION 29. — CAPITIS DEMINUTIO (1).

Quel qu'ait pu être la signification originaire du mot *caput*, il arriva à signifier premièrement une personne, que la loi considérait comme capable d'avoir des droits, et,

(18) Cic., *De inv.*, II, 50, § 148.

(19) « Ast ei custos nec escit » (Festus, v. *Nec*, Müll., p. 162).

(20) Paul., *Sent.*, III, 4 a, 7 : Ulp., au *Dig.*, XXVII, 10, 1.

(21) Ulp., *Frag.*, XII, 2. [Sur tous ces points, comp. Padel. Cogl., p. 191 *sq*].

(1) Savigny, *System*, vol. II §§ 68-74, et Beilage VI : Puchta, *Inst.*, vol. II, §§ 219, 220 ; Rattigan, *The Roman Law of Persons*, (Londres, 1873) p. 58 *sq* ; Pernice, *Labeo*, vol. I, p. 172 *sq* : Kuntze, *Excurse*, p. 428 ; Moyle, *Inst.*, vol. I, p. 172 *sq*. [Salkowski, *Inst.* Leipzig 1883, p. 149 *sq* ; Marezoll, *Inst.* Leipzig 1884, p. 170 *sq* ; Quaritsch, *Inst.*, Berlin 1888, n° 48 ; Sohm, *Inst.*, Leipzig 1888, p. 111 *sq* ; May, droit romain, Paris 1889, n° 145 *sq*. Krueger, *Geschichte der capitis deminutio*, Breslau 1887 (t. f. Pad. Cogl. p. 201 f.)]

par extension, sa personnalité ou capacité juridique, active et passive, dans la vie publique et privée. La mesure de cette capacité dépendait, d'après les notions Romaines, de trois considérations. — 1) était-on libre ou esclave ? (2) libre, était-on citoyen ou non citoyen ? et 3) citoyen, quelle était votre situation dans la famille ? Quand on n'était pas libre, on n'avait pas de droits du tout, aussi bien suivant la théorie du *jus civile* que suivant celle du *jus gentium* (2) : ce ne fut que lorsque les doctrines du *jus naturale* commencèrent à gagner du terrain, qu'on fut compté comme quelque chose de plus qu'un meuble, traité de *persona*, ou mis directement sous la protection de la loi. Quand on était libre, l'étendue de la capacité variait, suivant qu'on était citoyen, ou non ; dans ce dernier cas, ce n'était qu'exceptionnellement qu'on pouvait jouir d'aucun des droits publics des citoyens, et vos droits privés ne comprenaient que ceux dont on jouissait en vertu du *jus gentium*, ou les droits civils qui vous avaient été spécialement concédés. C'était seulement parmi les citoyens que la suprématie du *paterfamilias* et la sujétion de ceux qui étaient *in manu, potestate* ou *mancipio*, était reconnue, — et, par conséquent, c'était seulement parmi eux que la position d'un individu dans la famille avait de l'importance. Tandis que, dans la vie publique, la suprématie ou la sujétion dans la famille était sans importance, dans la vie privée, le *paterfamilias* était seul à jouir d'une complète capacité juridique ; ceux qui lui étaient soumis, avaient une personnalité plus limitée (3) ; et, si l'on consi-

(2) « Servile caput nullum jus habet. (Paul, au *Dig.*, IV, 5, fr. 3, § 1).

(3) Je laisse de côté, comme n'affectant point le principe général, certaines modifications d'une époque postérieure, par exemple le cas du *filius familias* considéré comme *pater familias*, pour les actes faits par lui sur son *castrense peculium*, et autres semblables.

dére la capacité de prendre part à une transaction du droit civil, elle ne leur était point inhérente. mais dérivait de leur *paterfamilias*, — ils étaient les agents de sa volonté. représentants de sa *persona*. dans tous les actes par lesquels ils acquéraient un droit à la famille à laquelle ils appartenaient.

Conformément à ces idées. quand une personne perdait la liberté, ou la cité. ou changeait de famille. on disait d'elle qu'elle avait subi une *capitis deminutio*, — *i. e.* une perte ou une diminution de sa capacité juridique. La première. la perte de la liberté. était la *maxima capitis deminutio ;* la seconde, perte de la cité, par exemple lorsqu'on allait en exil ou qu'on rejoignait une colonie Latine. était la *media capitis deminutio* : la troisième. *familiæ mutatio* ou *commutatio*, était la *minima capitis deminutio* (3 *bis*). Les deux premières devaient avoir un effet grave et très préjudiciable sur la capacité. c'est là un point trop évident pour avoir besoin d'explication. Elles impliquaient manifestement une diminution de capacité. Mais ils n'est, en aucune façon. aussi clair, à première vue, qu'un simple changement de famille pût être raisonnablement désigné sous le nom de *capitis deminutio* (3 *ter*). Il y en

[3 *bis*. D'après certains textes, il semblerait qu'anciennement la perte de la cité se confondit avec la perte de la liberté, pour former ensemble la capitis deminutio maxima. On peut même conjecturer qu'à l'origine il n'y eut que la capitis deminutio minima. Voir Pernice, *l. c.* note 1 ; Voigt, XII *Tafeln* II § 73 ; H. Krüger, *Geschichte der capitis deminutio*. Breslau, 1887, p. 5 *sq*. Voir note 3 *ter*].

[3 *ter*. Si l'on réfléchit qu'à l'origine tous les droits, auxquels on participait, tenaient à votre qualité de membre de telle famille, il est rigoureusement exact de dire, et au sens commun du mot, qu'il y avait *capitis deminutio*, c'est-à-dire « perte », quand on sortait de cette famille. C'est aussi cette considération qu'à cette époque ancienne, la famille constituait à elle seule la cité et l'état, qui justifie la conjecture (note 3 *bis*) que la *capitis deminutio*, qualifiée plus tard *minima*,

avait trois catégories, dans l'une desquelles tout changement devait nécessairement rentrer : — ou bien 1) une personne *sui juris* devenait *alieni juris*, — ou 2) une personne *alieni juris* devenait *sui juris*, — ou 3) une personne *alieni juris* passait d'un *jus* dans un autre. Nous trouvons des exemples du premier cas, dans le passage, par adrogation, d'un *paterfamilias* dans la *potestas* d'une autre personne, qui devenait son père adoptif, et dans celui d'une femme *sui juris*, qui tombait par *confarratio* ou *coemptio* dans la *manus* de son mari ; dans les deux cas, il y avait incontestablement *capitis deminutio*, — changement de famille en pis. Nous trouvons des exemples du deuxième cas, dans l'espèce d'enfants *in potestate* devenant *sui juris* par la mort de leur *paterfamilias*, d'un *filiusfamilias* consacré flamine, d'une *filiafamilias* admise parmi les vestales, d'un enfant émancipé de la *patria potestas*, ou d'une femme *in manu* affranchie de ce pouvoir par *remancipatio*. Dans toutes ces hypothèses, le changement avait le même caractère, — de dépendant, on devenait indépendant. Mais leurs effets respectifs étaient en droit très différents. Les enfants qui devenaient *sui juris* par la mort de leur père, ne changeaient pas de famille ; le changement ne se produisait pas en eux, mais par la disparition du chef de famille ; par suite, ils n'étaient pas regardés comme *capite minuti*. Les vestales et les flamines ne l'étaient pas davantage ; car, bien qu'ils changeassent de famille, c'était en passant d'une famille humaine à une famille divine. Mais les enfants émancipés, et la femme remancipée étaient réputés

fut à l'origine la seule. — Il n'y a donc pas lieu de s'étonner que la capitis deminutio minima ait fait perdre, non pas sans doute l'aptitude à être *gentilis* mais la *gentilitas* actuelle. Comp. H. Michel, *du droit de cité*, Paris, 1885, pp. 167, 168 et § 28, n. 10].

avoir subi une *capitis deminutio*, quoiqu'ils eussent sensiblement amélioré leur position.

Quelques jurisconsultes, se fondant sur une observation de Paul (3 *quater*), essaient de rendre compte de cette contradiction apparente, en y voyant une allusion au fait que, dans le procédé de l'émancipation ou de la *remancipatio*, la personne, qui finissait par acquérir l'indépendance, devait être temporairement abaissée à une position quasi servile, et était ainsi, pour un moment, avilie, et réellement et véritablement *capite minuta*. Cette explication procède de la notion que la *capitis deminutio minima* impliquait nécessairement déchéance dans la hiérarchie de la famille. Mais cette notion est erronée. Il était sans importance que le changement se produisît d'une position plus haute dans la famille à une plus basse, ou d'une plus basse à une plus haute, ou à une position, dans la nouvelle famille, semblable à celle qu'on avait eue dans l'ancienne : car c'était le changement de famille, et non le changement de position de famille, qui constituait la *capitis deminutio*. Quoique un fils émancipé (par exemple) devînt lui-même *paterfamilias*, et qu'il fût, à ce titre, le fondateur d'une nouvelle famille, et acquît une capacité nouvelle et indépendante, néanmoins il avait perdu les droits de naissance, aussi bien que la capacité dérivée, dont il avait joui auparavant, comme membre de la famille qu'il avait quittée, et, par conséquent, il était *capite minutus* à l'égard de cette famille. La relation qui l'unissait à elle avait pris fin : son ancienne *persona* ou personnalité était éteinte, quoique le même acte en créât une nouvelle. Il en était de même

(3 *quater*. L. III, 1. *Dig.* IV, 5 *de capite minutis*.... « Quum emancipari nemo possit, nisi in imaginariam servilem causam deductus »).

du cas où une personne *alieni juris* passait d'un *jus* sous un autre, comme lorsqu'un *filiusfamilias*, cédé par son père, tombait sous la *potestas* d'un adoptant, ou que les *filiifamilias* d'une personne, qui se donnait elle-même en adrogation, passaient avec elle sous la *potestas* de l'adrogeant. Il n'y avait aucun changement dans le genre de *persona* des enfants, à la suite de l'un ou de l'autre de ces événements; ils étaient *filiifamilias* après comme avant. Mais l'espèce était changée : de membres sujets de la famille A, ils devenaient membres sujets de la famille B. Il y avait donc, et nécessairement une *capitis deminutio*; car, quoiqu'ils pùssent gagner à la longue, par suite de leur transfert dans leur nouvelle famille, ils avaient perdu la position, dont ils avaient joui jusque-là dans leur ancienne famille, avec tous les droits et privilèges qui l'accompagnaient.

La conséquence la plus importante de la *minima capitis deminutio* (ou *mutatio familiæ*) était que, non seulement elle éteignait la *patria potestas* là où elle existait, mais rompait le lien de l'agnation entre le *capite minutus* et tous ceux qui lui étaient auparavant unis comme agnats (4). Il n'y avait désormais plus aucun droit de succession *ab intestat* entre eux et lui (§ 32); leurs droits réciproques éventuels de tutelle s'évanouissaient, et la *minutio* soit du tuteur, soit du pupille, mettait fin à une tutelle actuellement existante, en supposant toujours que

(4) Cela était vrai, même à l'égard d'un *paterfamilias* et de ses enfants *in potestate*, passant ensemble dans une nouvelle famille, par l'adrogation ; leur agnation ancienne s'éteignait et une agnation nouvelle prenait naissance, dans laquelle le père adoptif était le lien commun. Néanmoins dans le cas de transfert direct d'un *filius familias*, par le père naturel à un père adoptif, la règle indiquée au texte fut modifiée par la législation des derniers temps de l'empire (voir Just. *Inst.*, I, 11. 2.)

ce fût une *tutela legitima* ou une *cura furiosi* agnatique.

Il y avait diverses autres conséquences qu'on dit être résultées de la *familiæ mutatio* d'une personne *sui juris*, qui ne trouvaient point lieu, si la personne était *alieni juris*; cependant, certaines d'entre elles paraissent ne pouvoir être attribuées qu'indirectement à la *capitis minutio*. On dit, par exemple, que si un *paterfamilias*, après avoir fait son testament, se donnait en adrogation, son testament était annulé par ce fait (5); mais ce résultat était dû, non pas tant à la *capitis minutio* qu'à la règle de droit civil qui exigeait, chez un testateur, la persistance non interrompue de sa capacité testamentaire, depuis le moment où il avait exprimé sa volonté jusqu'à sa mort. On dit aussi que certains droits patrimoniaux, dont jouissait une personne, tels que l'usufruit, les services promis par serment, qui lui étaient dus par un affranchi, et deux ou trois autres droits étaient éteints par sa *capitis minutio* (6); mais la façon la plus exacte de constater ce résultat est de dire que *tous* ses droits patrimoniaux étaient éteints, à l'égard de sa *persona* ancienne, que seulement ils passaient en même temps, y compris ses droits contre ses débiteurs, à son nouveau *paterfamilias* en vertu d'une acquisition universelle, à l'exception de deux ou trois droits, considérés, pour des raisons spéciales, comme intransmissibles. On peut attribuer plus directement à la *minutio* la règle qu'une société dont faisait partie le *minutus*, était dissoute par cette *minutio*; Gaius en donne, en effet, comme raison, que la *capitis deminutio*, au regard du *jus civile*, équivalait à la mort (7). Les

(5) Cette règle fut atténuée par la jurisprudence prétorienne (G., II, 147).
(6) G., III, 83.
(7) G., III, 153.

parties pouvaient, d'un commun accord, continuer comme auparavant ; mais c'était réellement une nouvelle société, comptant comme membre un *filiusfamilias*, au lieu d'un *paterfamilias*, comme autrefois. Une chose très remarquable, et pourtant tout à fait logique, était la doctrine de l'extinction, par la *minutio*, des droits des créanciers du *minutus* (8) : leur débiteur, la personne avec qui ils avaient contracté, était mort civilement, et mort sans héritier ; par conséquent, il n'y avait personne contre qui diriger une action du *jus civile*, pour contraindre au paiement. Il est impossible que cela n'ait point ouvert la porte à la fraude : un *paterfamilias* se donnait en adrogation, ou une *materfamilias* passait *in manum*, afin de frustrer les créanciers de leurs droits. Mais l'équité finit par fournir un remède, en donnant aux créanciers une action prétorienne, où la *minutio* était considérée comme rescindée, et à laquelle le nouveau *paterfamilias* était tenu de défendre, sous peine d'avoir à abandonner à ces créanciers tous les biens qu'il avait acquis grâce à l'adrogation, ou à la *conventio in manum* (9).

SECTION 30. — MANCIPATION ET DROIT DE PROPRIÉTÉ.

Dans le droit primitif, il n'y avait pas de mot technique pour désigner la propriété des choses : c'était un élément de la *manus* du père de famille. Avec

(8) G., III, 84, IV, 38.

(9) G., III, 84, IV, §§ 38, 80. Ces passages ne sont pas absolument d'accord entre eux ; d'après les deux premiers, l'action est présentée comme dirigée contre le *minutus* ou la *minuta*, dans le dernier on dit que le *paterfamilias* doit y défendre. [Cette antinomie ne me parait pas exister : les trois textes semblent bien dire qu'on donne l'action contre le *minutus*, et d'autre part, que le *paterfamilias* doit le défendre. Comp. Gaddi (Muirh. note 294.]

le temps, quoiqu'il ne soit pas possible de dire quand, on prit l'habitude d'employer le mot *dominium* ; mais, autant que les découvertes permettent de l'affimer, il ne se rencontrait pas dans les XII Tables, et doit avoir été introduit plus tard. A cette époque, quand on revendiquait la propriété d'une chose, on se contentait de dire : « elle est à moi », ou « elle est à moi suivant le droit des Quirites ». La distinction entre les deux situations, comme cela a déjà été expliqué au § 10, était celle-ci : tandis que la première suffisait pour autoriser une personne, qui tenait *de facto* une chose comme lui appartenant, à obtenir protection contre un vol ou une tentative de dépossession par la force, la deuxième était nécessaire pour en appeler à un tribunal afin de faire déclarer la validité de son titre et son droit à évincer un individu, dont la possession ne provenait ni d'un vol, ni de la force. Des jurisconsultes éminents soutiennent que, sous l'empire de la loi des XII Tables, ce qu'on appela plus tard « dominium ex jure Quiritium » n'était possible que dans le cas de *res mancipi* (p. 81), — de la maison et de la ferme, et des animaux, avec lesquels on les exploitait (1), — en d'autres termes, que, d'après la loi des XII Tables, il ne pouvait y avoir de *vindicatio* régulière d'un droit de propriété pour les *res nec mancipi*. Au point de vue spéculatif, il y a quelque chose à dire en faveur de cette opinion ; mais elle est contredite incidemment par des autorités telles que Paul et Ulpien, qui nous disent qu'en vertu des dispositions des décemvirs, la revendication de matériaux de construction, d'échalas de vigne, et d'autres choses semblables (*tigna*

(1) *E. g.*, Jhering, *Geist.*, vol. III, § 55, note 262, et *Zweck*, vol. I, p. 275, note ; Karlowa, *Röm. C. P.*, pp. 34, 38 ; Voigt, *XII Tafeln*, vol. II, p. 88. Jhering n'a pas encore développé son opinion, la réservant pour un volume subséquent du *Geist*.

juncta) était, par exception, quelquefois écartée (2). Or ces choses étaient incontestablement *res nec mancipi* : et ainsi, il ne peut guère y avoir de doute que ces choses, aussi bien que les *res mancipi*, ne fussent, déjà à l'époque de la publication des XII Tables, considérées comme objet de propriété quiritaire et d'ordinaire susceptibles de revendication dans la forme usuelle (3).

Les modes d'acquérir la propriété de ces deux catégories de choses étaient très divers. Mais, il y avait entre elles cette différence importante — qu'un mode naturel d'acquisition suffisait au cas de *res nec mancipi*, tandis qu'il fallait un mode civil pour l'acquisition dérivée, en tous cas, des *res mancipi*. Les plus importants étaient la mancipation, l'abandon en justice, l'usucapion et le legs, comme modes à titre singulier ; la succession, la *conventio in manum*, l'adrogation et l'achat d'un patrimoine confisqué, comme modes universels. Tous ces modes, à l'excep-

(2) Paul., au *Dig.*, XLVI 3, fr. 98, § 3 ; Ulp., au *Dig.* XLVII. 3. 2 ; *infra* note 64.

(3) Cicéron (*Top.*, 428) déclare que, d'après les XII Tables, les fonds de terre pouvaient être acquis par une possession de deux ans, tandis que *toutes* les autres choses (*ceterae res omnes*) pouvaient être usucapées en un an. L'usucapion n'était pas une invention des XII Tables, il n'y a point de doute là-dessus ; elles se bornèrent à déterminer le délai, incertain jusque-là, par lequel la possession (*usus*), à titre de propriétaire, devait être continuée afin de créer un titre de propriété. Il n'y a pas non plus de doute que le titre créé par l'usucapion ne fût un titre quiritaire, — le droit un *dominium ex jure Quiritium*. Par conséquent une *res mancipi* possédée pendant un an par quelqu'un, qui ne l'avait point acquise à la suite de vol, était évidemment sienne, en droit quiritaire. Mais une fois cela reçu, un nouveau pas était inévitable. Si on admettait quelqu'un à affirmer qu'une *res nec mancipi* lui appartenait en droit quiritaire, le lendemain de l'achèvement de l'année de possession, on ne devait pas tarder à reconnaître, que son droit sur cette chose avait exactement le même caractere, même avant l'expiration de l'année, pourvu qu'il pût établir sa propriété indépendamment de l'usucapion.

tion de la mancipation (3 bis), s'appliquaient également aux *res nec mancipi*. Mais le plus commun de tous les modes de transfert, pour les choses de cette catégorie, était la simple tradition. Si le transfert émanait du propriétaire avec l'intention de faire passer la propriété, la simple délivrance de la possession suffisait alors, à moins que ce ne fût en vertu d'une vente ; en ce cas, et parce que le vendeur n'avait, jusque-là, aucune action pour obtenir le prix, les XII Tables stipulaient que la propriété resterait par devers lui, malgré le changement de possession, jusqu'à ce que le prix eût été payé, ou une garantie fournie à ce titre (4).

L'origine de la distinction entre les choses susceptibles de mancipation et celles qui ne l'étaient point, ainsi que de la forme de transfert par mancipation applicable aux premières, a déjà été expliquée à propos des réformes de Servius Tullius (§ 13) (5). Telle qu'elle fut introduite par

[3 *bis*. L'auteur ne veut cependant pas dire que la mancipation était entièrement inapplicable aux *res nec mancipi* : voir p. 184 et notes 43, 44].

(4) Just., *Inst.*, II. 1, 41. Quelques auteurs sont d'avis que la disposition des XII Tables, à laquelle Justinien fait allusion, (et qui, chose assez étrange, n'est mentionnée dans aucun des fragments qui nous restent d'auteurs plus anciens), ne peut s'être appliquée qu'aux mancipations de *res mancipi*. Mais il ne paraît pas y avoir de raison suffisante de limiter ainsi son application ; car quoiqu'on n'eût pas encore reconnu au contrat de vente, dépourvu de formes, la vertu de produire des obligations susceptibles de sanction légale, cependant la vente, sans mancipation, était une transaction ordinaire de la vie journalière — acquisition d'un corps certain en échange d'une valeur de metal déterminée, ou (plus tard) d'une somme d'argent.

(5) Littérature : Leist, *Mancipation und Eigenthumstradition*, Jena, 1865 ; Ihering, *Geist. d. R. R.*, vol. II § 46 ; Bechmann, *Geschichte des Kaufs in Rom. Recht* (Erlangen, 1876) pp. 47-299 ; Voigt, XII, Tafeln, vol. I, § 22, vol. II, §§ 84-88. [Padel. Cogl. pp. 222-228 et notes ; Longo, *La mancipatio*, Florence 1887 ; G. Carle, *Le origini del diritto Romano*, pp. 203, 204 ; G. May, *droit Romain*, p. 277, *sq.*]

Servius, la mancipation (alors appelée *mancipium*) n'était pas cette vente imaginaire dont parle Gaius (6), mais une vente aussi réelle qu'on en pouvait bien concevoir, — pesée dans la balance, tenue par un fonctionnaire, du métal brut qui devait être l'équivalent du transfert d'une *res mancipi*, délivrance de ce métal du cessionnaire au cédant, avec la déclaration qu'au moyen de ce métal et par lui, la chose en question devenait la propriété du cessionnaire, en droit quiritaire; et tout cela en paroles solennelles, et en présence de certains témoins, qui représentaient le peuple (6 bis) et ainsi donnaient au transport la confirmation d'une sanction publique. Il y a quelque raison de penser que lorsque de grandes quantités de métal devaient être pesées, la pratique s'introduisit d'y procéder avant de réunir les témoins; et dans l'acte solennel on ne pesait qu'une seule livre représentant la somme entière (7). Cela fraya le chemin à un changement plus grand, qui résulta de l'introduction de la monnaie par les décemvirs. A partir de ce moment la pesée devint inutile. Le prix était compté avant la cérémonie; quelquefois ce paiement était remis à plus tard; cet esprit de conservation, si marqué dans l'attachement aux formes, que le temps avait rendues vénérables, après que leur *raison d'être* avait disparu, fit garder le porte-balance et

(6) G., I, 119.

[6 *bis*. Tout le monde n'admet pas que les témoins de la mancipation représentent le peuple. Longo, (*La mancipatio*, p. 83) allègue que Gaïus (I, 119) et Ulpien (*Frag.* XX, 2) disent qu'on doit employer « *non minus quam* quinque testes », ce qui semblerait indiquer (?) *a contrario* qu'on pouvait en employer plus de cinq ; — également que c'étaient les curies qui fournissaient leur témoignage, non les centuries ; qu'un *proletarius* ou *capite census*, qui n'appartenait à aucune classe, pourrait pourtant être témoin].

(7) Voir l'explication plus complète de ce point à la § 13, et la justification de la conjecture dans la note 16 de cette section.

la balance comme éléments indispensables de la mancipation ; mais l'acheteur se borna à toucher la balance avec une seule pièce de monnaie, simplement pour pouvoir être en état de réciter la vieille formule : « Je déclare que cet esclave est à moi en droit quiritaire et cela en vertu de cet achat fait avec cette balance et ce morceau d'airain ». Puis cette unique pièce de monnaie, nous dit Gaius, était alors tendue par le cessionnaire au cédant, comme si elle avait été en effet le prix de la vente (*quasi pretii loco*). Ainsi transformée, la mancipation n'était indubitablement rien de plus qu'une vente imaginaire; car le prix réel pouvait avoir été payé des semaines ou des mois auparavant, ou pouvait n'être payé que des semaines ou des mois après. La vente réelle pouvait être, et probablement était d'ordinaire, concomitante; mais la mancipation elle-même en était arrivée à n'être plus qu'un mode de transmission; et, sous cette forme, elle continua, jusqu'à la fin du troisième siècle de l'empire, à être le mode propre de transfert des *res mancipi*, ou du moins le moyen de conférer à l'acquéreur d'une chose de ce genre un titre légal complet (*dominium ex jure Quiritium*). Après cela, toutefois, elle semble être tombée graduellement en désuétude, étant inapplicable aux fonds de terre situés en dehors de l'Italie, qui ne jouissaient point du privilège connu sous le nom de *jus Italicum* (8); et longtemps avant Justinien, elle avait entièrement disparu (9).

Les effets de la mancipation, pourvu que le prix eût été

(8) G., II 15. Voir § 52, note 3.

(9) La dernière mention de la mancipation comme institution encore existante, est dans une décision de l'année 355 (Theod. Cod. VIII, 12, 7).

payé ou sûreté fournie à ce titre (10), étaient que la propriété passait immédiatement à l'acheteur et que le *cédant* était tenu de le garantir contre l'éviction, du moment où il avait reçu le prix. En l'absence à la fois de paiement et de sûreté, le titre de propriétaire restait encore au vendeur, de sorte qu'il était en son pouvoir de reprendre, à l'aide d'une action réelle, la chose mancipée, même quand elle avait passé en la possession de l'acheteur. Après le changement qui se produisit par l'adoption de la monnaie frappée, au lieu de métal pesé, le paiement du prix ou des sûretés en remplacement devinrent aussi une condition de la responsabilité du vendeur à l'égard de l'acheteur, au cas d'éviction (11). On suppose habituellement que cette responsabilité naissait *ipso jure* (12), c'est-à-dire sans aucune déclaration expresse à cet égard ; l'acceptation, par le cédant, de la pièce de monnaie dont on avait frappé la balance, était censée lui avoir imposé une obligation de maintenir le cessionnaire en possession, sous une peine du double du prlx, à recouvrer par l'acquéreur au moyen d'une action d'ordinaire appelée *actio auctoritatis* (13).

(10) On ne nous dit pas quelle sorte de sûreté les XII Tables exigeaient. Nous savons par A. Gelle (XVI. 10, 8) qu'elles contenaient une disposition sur des sûretés portant le nom de *vades ;* il se peut que cela ait eu trait à la matière. Voir Voigt, « Ueber das Vadimonium », dans les *Abhandl, d. phil. hist. Classe d. Konigl. Sachs. Gesellsch. d. Wissensch.*, vol. VIII, p. 299 *sq*. Selon lui, les *vades*, qui ne payaient pas le prix, dont ils étaient devenus les garants, pouvaient être poursuivis par une « actio vadimonii deserti » Voir aussi ses *XII Tafeln*, vol. II, p. 490 [Pad. Cogl. p. 312].

(11) Paul., *Sent.*, II, 17, §§ 1, 3.

(12) Les autorités en faveur de cette opinion sont, pour la plupart, tirées de Plaute ; elles sont réunies dans Voigt, *XII Tafeln*, vol. II, p. 190.

(13) Voir sur « L'action auctoritatis », l'article de P. F. Girard, dans la *Nouv. Rev. Hist.*, vol. VII. (1882), p, 180. Plus récemment, elle a été appelée « actio pro evictione ». [Pad. Cogl. p. 271. s.]

Mais cette obligation *ipso jure* ne prenait point naissance quand la mancipation était gratuite, réellement ou fictivement : réellement, au cas de donation, etc. (14), fictivement, quand, en vue d'exclure la garantie, la déclaration du cessionnaire portait que le prix était d'un seul sesterce (15).

Qu'une conséquence aussi sérieuse pour le vendeur eût pris naissance sans qu'il eût rien dit lui-même pour se lier, c'est ce qui paraît un peu incompatible avec les principes généraux du droit, en matière d'obligation contractuelle, au quatrième siècle de Rome, et avec l'importance attribuée par Cicéron aux paroles prononcées par une partie contractante, pour renfermer le témoignage et la mesure de sa responsabilité (16). Se référant spécialement à la situation du cédant dans la mancipation, Cicéron le représente comme s'étant obligé lui-même — *qui se nexu obligavit* (17) : — ce qui, a-t-on dit, semble indiquer de sa part quelque chose de plus que la simple acceptation du *raudusculum*. Il a aussi été remarqué qu'en transférant une *res mancipi* par l'abandon en justice (*in jure cessio*), on n'encourait aucune obligation de ce genre (18), immunité

(14) Exemples dans Leist, *Mancipation*, p. 169.

(15) D'après un *instrumentum fiduciae*, découvert en Espagne en 1876 (Bruns, p. 200), il parait que cette pratique doit avoir été très répandue dans les premiers temps de l'empire ; le créancier convient, en effet, qu'en vendant, par mancipation, des terres ou des esclaves compris dans son gage, il ne sera pas tenu de le faire pour plus d'un seul sesterce, *i. e.*, qu'il ne sera point tenu de les garantir à un acheteur. Le seul sesterce (d'argent) était tout à fait distinct du *raudusculum*, qui était en cuivre. [Comp. J. Tardif « Les nouvelles tables en cire de Pompéï », *Nouv. Rev. Hist.* 1888, pp. 477, 833. Cogliolo *op. cit.* p. 273, notes, pense, d'après des passages de Plaute, que l'usage de la mancipation *nummo uno* fut postérieur à cet auteur.]

(16) Cic., *De Off.*, III 16, § 65.

(17) Cic., *Pro Mur.*, 2, § 3.

(18) Voigt, *XII, Tafeln*, vol. II, p. 189, note 2. La raison en était que ce n'était point le cédant, mais le magistrat, qui, par son décret (*ad-*

habituellement (mais à tort) attribuée au fait que le vendeur ne disait rien qui pût même être interprété dans le sens d'une garantie. Deux théories (19) ont été proposées pour résoudre la difficulté. Suivant l'une (20), la garantie était expresse, et par suite obligatoire, en vertu de la disposition des XII Tables que les déclarations orales énoncées publiquement, au cours d'une mancipation, seraient tenues pour valables en droit (21). S'il en avait été ainsi, la responsabilité aurait pu être évitée, en omettant toute déclaration de ce genre ; au lieu que divers passages des auteurs littéraires prouvent que la mancipation à titre onéreux, sans garantie, était chose inconnue (22). L'autre théorie consiste à dire que la responsabilité naissait *ipso jure* : non pas, cependant, comme conséquence des paroles prononcées par l'acquéreur, ni de l'acceptation du *raudusculum* ou pièce de monnaie par le cédant, mais à cause de paroles prononcées par ce dernier, et qui étaient en substance un

dictio) donnait la chose au cessionnaire. [On pourrait peut être dire d'une façon encore plus précise, et en invoquant le caractère déclatif des jugements, que, dans ce procès fictif en revendication, le décret du magistrat, tout en aboutissant en pratique à une transmission de propriété, ne faisait théoriquement que déclarer un droit au profit du gagnant, et que, par conséquent la forme employée conduisait à décider qu'il ne tenait que de lui-même].

(19) Une troisième opinion est celle d'Ihering (*Geist.*, vol. II. p. 528, note 716) — que l'*actio auctoritatis* était en réalité une action de vol, sur le motif que le vendeur avait volé son argent à l'acheteur. Mais cette opinion se trouve réfutée par ce fait que le *duplum* était exigible, même quand le vendeur avait agi en parfaite bonne foi.

(20) Voir Eck, *Die Verpflichtung des Verkaüfers zur Gewährung d. Eigenthums* (Halle, 1874), p. 2. Rudorff et Karlowa, qu'il cite, sont d'accord avec lui.

(21) « Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita jus esto » (Fest., v. *Nuncupata*, Bruns, p. 275). [Voir Emilie W. Kempin, *Die Haftung des Verkaüfers einer fremden Sache*, Zurich 1887, notamment p. 26 *sq.*]

(22) Voir note 12.

écho de celles qui avaient été prononcées par le premier. C'est l'opinion de Voigt (23), toute nouvelle et quelque peu spécieuse. Il insiste sur le motif général qu'il est contraire à la prépondérance des paroles prononcées et à l'inefficacité de la *voluntas* non exprimée aux quatrième et cinquième siècles de Rome, de supposer soit que la propriété pût passer de A à B, simplement parce que B l'avait dit, sans être contredit par A, soit que A pût être soumis à une obligation de garantir la possession à B, sans avoir lui-même prononcé une syllabe. Il soutient qu'il doit y avoir eu une déclaration, faite par le vendeur, à la suite de celle de l'acheteur. — « Je déclare que cet esclave est à toi en droit quiritaire, et que tu l'as acquis en vertu de l'achat fait avec cette balance et ce morceau d'airain » : — et que le vendeur, aussi bien que l'acheteur, faisait appel à l'attestation des témoins. Un appel aux témoins était certainement fait dans certains cas par le vendeur : c'était, en effet, la position occupée par un testateur dans le testament par mancipation, et Gaius ainsi qu'Ulpien nous rapportent tous deux sa déclaration nuncupatoire et sa demande d'attestation (24). Toutefois un « aio tuum esse etc. », n'est attesté par aucune autorité ni juridique ni littéraire. Cette formule peut néanmoins se concevoir : car, bien que *aio* indiquât d'ordinaire l'affirmation de l'existence d'un droit dans la personne de celui qui parlait, il paraît pourtant généralement reçu que cette expression était employée par le défendeur à une *legis actio sacra-*

(23) Voigt, *XII Tafeln*, vol. I, p. 217, vol. II, p. 137.

(24) G., II, 104; Ulp., XX, 9. L'opinion de Voigt peut dans une certaine mesure, s'appuyer sur le passage où Justinien (*Inst.* II, 10, 1, 2), parle du testament *per aes et libram* comme fait *emancipatione*, *i. e.*, par un acte, par lequel le testateur faisait *sortir* son patrimoine de sa *manus*.

menti in personam quand il admettait expressément la prétention du demandeur (25).

Le droit d'un acquéreur à intenter une *actio auctoritatis* ne naissait que quand l'éviction résultait d'une décision rendue dans un procès régulier sur la poursuite d'un tiers lui contestant son droit : il était soumis à la condition d'avoir fait tout ce qui était nécessaire de sa part pour amener son vendeur (*auctor*) dans l'instance, afin de défendre ses propres intérêts (§ 31, n. 10). La durée de l'*auctoritas* était limitée par la loi à 2 ans, dans le cas de fonds de terre et de maisons, à un an pour toutes autres choses (26). Comme la possession pendant ces délais suffisait à corriger tous les défauts de titre de l'acquéreur, il n'était que raisonnable que leur expiration mît fin à la responsabilité du vendeur en matière de garantie.

La disposition des XII Tables au sujet des *verba nuncupata*, qui accompagnaient une mancipation (27), accrut immensément son importance ; toutes sortes de modifica-

(25) Sur l'autorité de la note de Valer. Prob. § 4, N° 3 (*Collect. libror. jur. antej.*, vol. II, p. 144. — Q. N. Q. A. N. Q. N. = « Quando neque ais neque negas ».

(26) Cic., *Pro Caec.*, 19, § 54 ; *Top.*, 4 § 23.

(27) Voir *supra*, note 21. [On est loin d'être d'accord sur la portée de cet adage fameux. Certains interprètes vont jusqu'à dire qu'il donne force obligatoire à tous les pactes accompagnant une *datio*. On invoque le texte de Gaius, *libro III ad Leg. XII Tab.* au *Dig.*, II. 14, fr. 48, et celui d'Hermogénien, *libro II Jur. Ep.* au *Dig.*, *eod. t.* fr. 45. Cette opinion est d'ordinaire rejetée ; elle serait incompatible avec des principes trop nettement établis. Une explication infiniment plus satisfaisante, conforme au génie Romain et au développement du droit à Rome, consiste à dire que cette disposition des XII Tables eut pour objet de valider l'acte *per aes et libram*, là où on l'avait détourné de son but primitif, pour l'employer dans une intention différente, par exemple pour faire un testament. Ainsi entendue la règle se rattacherait à l'idée bien connue de « l'économie des moyens ». Mais on a aussi proposé de dire que cette décision des XII Tables permettait de joindre à une *mancipatio* (ou *cessio in jure*) non pas des clauses quelconques, mais celles qui auraient pour objet de restreindre l'aliénation, au profit de l'alié-

tions se rapportant évidemment à la transaction pouvaient lui être ajoutées et son champ d'application en fut grandement étendu. Ces modifications étaient désignées sous le nom de *leges mancipii* (28). — termes, conditions, ou modifications de transfert que l'on s'imposait, et qui, parties intégrantes de la transaction *per æs et libram*, participaient de son caractère obligatoire et étaient la loi des parties. La déclaration orale pouvait porter sur la contenance des fonds de terre, leur franchise de charges ou leur droit à des servitudes, la réserve d'un usufruit, la limitation de leur mode d'usage, l'obligation de les retransférer en un certain cas, et bien d'autres choses; il en résultait autant d'obligations créées *per æs et libram*, dont la sanction, au cas de contravention ou de refus, était une peine du double (29). Mais les paroles prononcées en présence des témoins étaient le principe et la limite de la responsabilité : il suffisait qu'elles fussent accomplies littéralement, quelque préjudice qu'eût à souffrir l'autre

nateur. C'est ainsi que se serait trouvée autorisée la *deductio servitutis*, dont parlent les *Vat. Fr.* § 50 — que Huschke (5e éd. 1886) lit « quia et mancipationum et in jure cessionum (*leges*) lege XII Tabularum confirmantur ». Remarquons que la *lex dicta* aurait toujours été une *lex dicta suae rei*, et que son effet aurait toujours eu un caractère réel au profit de l'aliénateur — retenir un droit réel sur la chose aliénée : il n'aurait jamais été de produire un droit personnel au profit d'un tiers. Cette doctrine est insérée au *Dig*, fr. 73, 4 R. J. « Nec paciscendo nec *legem dicendo*, nec stipulando quisquam *alteri carere potest* ». Ce n'est que plus tard, et en droit prétorien que les *pacta adjecta*, au moins aux contrats de bonne foi purent produire des effets de ce genre. Voir Girard, « L'action auctoritatis », *Nouv. Rev. Hist.* 1882, p. 203, n. 3 ; Gény, *Fiducie*, p. 7 *sq* ; Kuntze, *Die Obligationen im Röm. u. Heut. R.* Leipzig, 1886, p 14, texte et n. 2 ; Padel. Cogl. p. 227, p. 563 i ; H. Reidemeister, *Der Vorbehalt dinglicher Rechte n. R. R.* Brunswick 1887 p. 8 *sq.* G. Carle, *Le origini del Diritto R.* Turin 1888, pp. 494, 495 ; O. Geib « Actio fiduciæ u. Realvertrag », *Z. d. Sav. Stift.* 1887 (*R. A.*), p. 112 *sq.*]

(28) Voir § 7, note 7.

(29) Cic., *De Off.*, III, 16, § 65.

partie, par l'effet d'une chose contraire à leur esprit, ou le manque d'une autre dont on n'avait pas eu la précaution d'exiger la déclaration. Ce qui n'avait point été revêtu de paroles ne pouvait être sanctionné comme *lex mancipii*. L'intention ne pouvait être recherchée : la règle était : « suivant ce qu'on a déclaré, tel sera le droit » ; l'interprétation de l'équité n'avait point encore de place dans le *jus civile*, si ce n'est, peut-être, dans le cas d'une *lex fiduciæ*.

Parmi les déclarations, restrictions, limitations, charges, conditions, etc. (*dicta et promissa*), qui pouvaient être incorporées dans une mancipation comme *leges mancipii* (30), et qui imposaient des obligations tantôt à l'une des parties, tantôt à l'autre, il n'y en avait pas de plus importante, et, à certains points de vue, de plus remarquable que la clause appelée *lex fiduciæ*, ou souvent par abréviation, simplement *fiducia* (31). On l'introduisait, quand l'intention des parties était que la transmission par mancipation, bien qu'absolue dans la forme, fût en réalité provisoire ; l'acquéreur était, en conséquence, tenu de retransférer la chose soit au cédant, soit à un tiers, ou d'affranchir un esclave qu'il avait reçu, ou de se dépouiller de la chose de toute autre façon impliquée dans l'engagement. Suivant certains jurisconsultes, une modification

(30) Voir des exemples d'une grande variété de ces *leges* dans Voigt, *XII Tafeln*, vol. II, pp. 149-165. Plusieurs d'entre elles cependant sont d'autorité contestable.

(31) La question de la *fiducia* a été récemment beaucoup discutée à propos de la *mancipatio fiduciae causa* Espagnole mentionnée note 15. Voir Gide, *Rev. de Législ.*, vol. I (1870), p. 74 *sq* ; Degenkolb, dans la *Z. f. R. G.*, vol. IX, (1870), pp. 117, *sq*, 407 *sq* ; Krüger, *Krit. Versuche im Rœm. Rechte* (Berlin, 1870), pp. 41-58 ; Rudorff, dans la *Z. f. R. G.*, vol. XI (1873) pp. 52 *sq.* ; [Padel. Cogl. pp. 238, 239 et notes, p. 269 o. p. q. ; Gény, *Fiducie*, Nancy, 1885. — Joignez J. Tardif, « Les nouvelles tablettes de cire de Pompéi ». *Nouv. Rev. hist.*, 1888 p. 472, *sq.* p. 832 *sq.*]

de ce genre au droit de l'acquéreur pouvait être introduite comme une *lex mancipii* ordinaire, sans paroles fiduciaires; dans ce cas, l'obligation était *stricti juris*, et l'acheteur, à défaut d'exécution, était inévitablement condamné à la peine du double, qu'entraînait la violation des *verba nuncupata*. Mais on jugeait d'ordinaire utile — quoique cette pratique n'ait guère pu s'introduire que longtemps après les XII Tables — de dégager à la fois le droit du vendeur et l'obligation de l'acquéreur de la rigueur et de la raideur du *jus strictum*, et de les soumettre aux principes de la *bona fides*. C'est ce qu'on faisait en insérant des paroles fiduciaires dans la formule de mancipation : — « Hunc ego hominem fidei fiduciæ causa ex jure Quiritium meum esse aio. » — « Je déclare que cet esclave est à moi en droit quiritaire, confié à mon honneur, dans un but de fiducie, et qu'il m'appartient en vertu d'un achat, fait pour un seul sesterce (32) et avec ce morceau d'airain et cette balance, afin que je vous le remancipe, » ou d'autres choses encore, suivant la nature de la transaction (33).

(32) Comme le sesterce fut frappé pour la première fois en 485, la formule doit avoir été quelque peu différente avant cette époque : mais nous ne la connaissons que par l'inscription espagnole, qui est du commencement de l'empire. La *fidei fiduciae* (qui s'y trouve) n'était-elle point un seul mot, comme *jurisjurandi* ? [Joignez, suivant MM. Tardif et Eck « les nouvelles tablettes de cire de Pompéi » (mentionnées note 31), qui datent de 61 après Jésus-Christ.]

(33) Jhering (*Geist*, vol. II, p. 515) estime que la *fiducia* n'était pas incorporée dans la *nuncupatio* de la mancipation, mais était une clause ultérieure, dans laquelle la *fides* était engagée, et qui, par conséquent, ne donnait naissance qu'à une action *bonae fidei*. La raison la plus solide contre l'opinion, qui la regarde comme une *lex mancipii*, est qu'elle pouvait être jointe à un abandon en justice (*in jure cessio*) aussi bien qu'à une mancipation (G., II, 59) ; mais cette observation n'aboutit qu'à ceci qu'elle pouvait prendre la forme d'une *lex in jure cessionis*, aussi bien que d'une *lex mancipii*. La vérité paraît être qu'avec le temps ce devint une habitude de faire suivre la mancipation et sa clause fiduciaire d'un arrangement séparé, exposant les détails.

Gaius (34) parle de *fiducia* contractée soit avec un ami, soit avec un créancier : avec un ami, pour lui donner, en toute sécurité, la garde de la chose transférée, pendant l'absence du cédant : avec un créancier, dans le but de lui donner une garantie pour une dette contractée ou projetée, et à laquelle on pouvait joindre des arrangements spéciaux, pour définir ses pouvoirs sur la chose. Il mentionne aussi ailleurs (35) qu'en émancipant son enfant, un *paterfamilias*, désirant être son tuteur et avoir à son égard un droit de succession à sa mort, avait l'habitude de convenir par fiducie avec l'acquéreur, qu'il y aurait remancipation, de sorte que lui (le père) fût lui-même chargé d'affranchir l'enfant de l'état de servitude libre dans lequel il était momentanément placé. Toutefois, ce cas, ainsi que celui de la *coemptio* fiduciaire, imaginée par les jurisconsultes du sixième siècle (36), n'étaient en aucune façon de la même importance que les cas de fiducie avec les amis ou les créanciers qui viennent d'être mentionnés. Dans ceux-ci, l'acquéreur était investi du titre légal de propriétaire sur la chose qui lui avait été transférée, et avait, en droit, qualité pour se comporter à son égard en propriétaire, dans la mesure où il ne rencontrait aucune restriction résultant d'arrangements spéciaux ; mais, en même temps, il était fiduciaire (*fiduciarius*), tenu de se comporter à l'égard de la chose de manière à ne porter aucun préju-

(34) G., II, 60.

(35) G., I, 132, 133 (passages incomplets dans le MS. de Vérone (comparés avec *Gaii Epit.*, I, 6, 3, et Just., *Inst.*, III, 2, 8.

(36) Pour permettre à une femme *sui juris* de substituer à ses tuteurs légitimes d'autres tuteurs de son propre choix tenus d'obéir à ses volontés ou pour permettre de faire un testament ou de se débarrasser des *sacra* (*infra*, § 32 *in fine*) qui lui étaient échus en même temps qu'une hérédité. Voir Cic., *Pro Mur.*, 12, § 27 ; G., I §§ 114, 115. Voir aussi *supra*, § 11, note 6.

dice injuste aux intérêts du cédant. Ce dernier avait, pour se protéger, une action (*a. fiduciæ*) qui différait de celle qui servait de sanction à une *lex mancipii* ordinaire, au point de vue, très important, — qu'elle suivait non pas les règles inflexibles du droit, mais des considérations tirées de ce qui était raisonnable et loyal, en envisageant toutes les circonstances de la cause, — *uti inter bonos bene agier opportet* (37). Dans cette action, une grande latitude fut donnée au juge. En effet, si le *fiduciarius*, de propos délibéré, n'opérait pas le transfert, qu'il était de son devoir de faire, ou que, par ses actes dolosifs, il eût rendu ce retransfert impossible, il n'était pas simplement condamné à la peine usuelle du double (38), mais il était noté d'infamie, pour avoir violé la foi, qu'il avait expressément et publiquement engagée (39). D'un autre côté, si son incapacité de retransférer la chose ne pouvait être attribuée à aucune faute de sa part, il avait droit à obtenir un jugement en sa faveur; en outre, il pouvait y avoir quelque chose d'intermédiaire entre la condamnation au

(37) Cic., *De Off.*, III, 15, §61 ; 17, §70; *Top.*, 17 §66. [L'antiquité de l'action *fiduciae* est assez vivement controversée. L'opinion, de beaucoup la plus vraisemblable, la fait remonter au delà des XII Tables, à une époque où elle était la sanction du culte de la *Fides*, à l'origine garanti simplement par les *boni mores*. Elle apparut sous forme d'action *ex delicto*, la violation de l'obligation morale étant considérée comme un délit particulier. En ce sens, Gény, *Fiducie*, p. 15 *sq*, notamment p. 20 *sq* ; comp. Pad. Cogl. p. 239, o.]

(38) Paul. (*Sent.* II, 12, § 11), dit que, d'après les XII Tables, il y avait une *actio in duplum* au cas de dépôt. Comme le dépôt fut inconnu, comme contrat indépendant, jusqu'à une époque très postérieure aux XII Tables, il est possible que les paroles de Paul se rapportent à la *fiducia cum amico depositi causa* ; bien qu'il soit probable aussi que le manque de foi du dépositaire, là où il n'y avait point eu de mancipation, fût traité comme un vol, et frappé de la même peine du double.

(39) Cic., *Pro Caec.*, 3, § 7.

double et l'acquittement complet, suivant l'appréciation, par le juge, des circonstances dans leur ensemble.

Un autre avantage de la *fiducia* était celui-ci. — Comme le principe du droit restait toujours chez celui qui en avait donné l'objet en mancipation, il pouvait acquérir à nouveau son titre légal, sans retransfert, par une possession continue d'un an (40) ; en ce cas, l'usucapion était appelée *usureceptio*, et il suffisait d'une année de possession au lieu de deux, même pour les immeubles, sous prétexte que ce qui était usucapé était une *fiducia*, comprise par conséquent parmi les « autres choses » des XII Tables (41). Cette *usureceptio* d'un an était possible en toute occasion, là où la mancipation fiduciaire avait été faite avec un ami, et il est probable que c'était le mode ordinaire d'éteindre le droit fiduciaire. Au contraire, là où la mancipation avait été consentie à un créancier, en garantie de son droit, il y avait cette restriction, — que l'*usureceptio* pouvait bien avoir lieu en vertu d'une *causa possessionis* quelconque, après le paiement de la dette garantie, mais qu'elle n'était possible, avant paiement, que lorsque la possession du débiteur n'était point dérivée directement du créancier, en vertu soit d'un bail, soit d'une concession de précaire accordée sous son bon plaisir ; dans l'un ou l'autre de ces deux cas, suivant les principes généraux de la possession, il détenait la chose pour le créancier, plutôt que pour lui-même (42).

On soutient généralement, sinon universellement, que

(40) G., II 59.

(41) « Lex XII Tabularum soli quidem res biennio usucapi jussit, ceteras res vero anno » (G., II, 54). C'était à l'aide du même raisonnement juridique, tenant quelque peu du sophisme, que l'*usucapio pro herede* (*infra*, § 32 *in fine*) était considérée comme s'achevant en un an, lors même que la masse de l'hérédité se fût composée d'immeubles (*res soli*).

(42) G., II, 60.

la mancipation non seulement n'était point appropriée aux *res nec mancipi*, mais qu'elle leur était inapplicable, — que la mancipation d'une chose de ce genre était inefficace comme transfert. Il ne paraît pas que cette assertion s'appuie sur quelqu'autorité spéciale (43). Dans les cas ordinaires, les parties devaient rarement songer à recourir à une procédure aussi gênante, si elles n'en devaient retirer aucun avantage ; mais on peut concevoir qu'on l'employât, en vue de quelque but ultérieur, comme d'avoir le bénéfice d'une *lex mancipii* ou d'une *fiducia*, dont l'efficacité dépendait de la transaction *per aes et libram*, à laquelle elle était annexée (44). Si la tradition accompagnait effectivement la mancipation d'un meuble *res nec mancipi*, il est difficile, dans ce cas, de penser que le fait d'y ajouter la cérémonie civile pût la priver de sa puissance de faire passer la propriété de la chose livrée. C'est un point hors de conteste que l'abandon en justice *(in jure cessio)*, l'adjudication et l'usucapion s'appliquaient également aux *res mancipi* et *nec mancipi*.

(43) Un passage des *Fragments du Vatican* (N° 313) — décision de Dioclétien, — est ainsi conçu : « Donatio praedii... traditione atque mancipatione perficitur, ejus vero, quod nec mancipi est, traditione sola. » Mais les deux derniers mots ne signifient pas que la donation d'une *res nec mancipi* ne pouvait être accomplie que par la tradition ; on doit les lire ainsi — « est parfaite par la tradition seule », *i. e.*, sans la nécessité de la mancipation. [Dans le même sens, Pad. Cogl. p. 223 m ; H. Krueger *Geschichte d. Capitis Deminutio* pp. 122, 153, 160. L'opinion contraire paraît plus généralement suivie. On s'appuie plus particulièrement sur le texte d'Ulpien, *Frag.* XIX. 3. Voir Squitti, *res mancipi e nec mancipi*, Naples, 1885, § 2 ; comp. Bonfante, *res manc. e nec manc.*, Rome, 1888.]

(44) On ne trouve mention expresse dans les textes de rien de semblable ; mais comme les meubles seuls pouvaient être l'objet de dépôt, et que la plupart étaient *nec mancipi*, on peut penser qu'ils doivent avoir figuré dans la « fiducia cum amico depositi causa » dont parle Gaius, avant que le dépôt ait été reconnu comme contrat réel indépendant, imposant des obligations au dépositaire en dehors de toute mancipation.

L'abandon en justice (45), qui fut apparemment d'introduction postérieure à la mancipation (46), était simplement une *rei vindicatio* (ou action en déclaration d'un droit de propriété) arrêtée dans sa première phase (§ 34). Les parties, cédant et cessionnaire, après être au préalable convenues des conditions du transfert, — vente, échange, donation, ou autres, — se présentaient devant le magistrat ; le cessionnaire, jouant le role de demandeur, déclarait que la chose lui appartenait en vertu du droit quiritaire : le cédant, défendeur, était invité à déclarer ce qu'il avait à dire en réponse ; il reconnaissait le bien fondé de la demande, ou gardait le silence, sur quoi le magistrat rendait immédiatement un décret (*addictio*) (47), qui complétait le transfert, mais pouvait être soumis à une condition ou à une autre limitation, ou même à une réserve fiduciaire (48). On y avait sans doute recours pour la constitution des servitudes, tant réelles que personnelles, et le transfert de droits tels que la *patria potestas*, la tutelle légitime d'une femme, ou une hérédité déjà dé-

(45) Jhering, *Geist*, vol. II § 46 ; Voigt, *XII Tafeln*, vol. II § 83.

(46) Mais antérieure aux XII Tables, car elle fut confirmée par elles (Paul, *Vat. Frag.*, n° 50). [C'est une idée assez naturelle que de penser que la mancipation ne s'appliqua d'abord qu'aux meubles (*manu capere*) ; et que l'*in jure cessio* fut un détour imaginé ensuite, pour éluder l'inaliénabilité des immeubles. En ce sens, Jhering (trad. Meulenaere) III, p. 235 et n. 298. ; Garsonnet, *locations perpétuelles*, p. 71, ; G. Carle, *le origini del diritto R.* p. 493. H. Krueger, pourtant a l'air de dire que l'*in jure cessio* a précédé la mancipation ; mais son opinion n'est pas aussi contraire à l'opinion commune ; car il entend là, par mancipation, la mancipation toute dégagée du *nexum*, et il reconnaît d'ailleurs, que le *nexum*, l'acte *per aes et libram* primitif fut antérieur à la *cessio in jure*. Voir *Geschichte d. Cap. Dem.* pp. 118 *sq.* notamment p. 124, p. 290.]

(47) G., II, 22, 24 ; Ulp., *Frag.*, XIX, 9, 10.

(48) G., II, 59 ; Paul., *Vat. Frag.*, N° 50.

volue (49), plutôt que pour la transmission de la propriété. Car elle n'était pas seulement incommode, puisqu'elle exigeait la comparution des parties devant le magistrat suprême à Rome, et ne pouvait être pratiquée par un esclave au nom de son maître (comme cela se pouvait pour la mancipation), mais elle avait ces désavantages sérieux, — qu'elle n'impliquait *ipso jure* aucune garantie du titre par le cédant, et ne procurait au cessionnaire aucune action contre lui, au cas d'éviction. La raison en était, qu'en la forme, le droit du cessionnaire découlait du décret du magistrat : « Puisque vous dites que la chose vous appartient et que le cédant ne prétend point qu'elle soit à lui, je déclare qu'elle est à vous. » et non d'un acte ou d'une parole du cédant, qui ne jouait dans l'affaire qu'un rôle passif.

L'adjudication était un décret du juge dans une action divisoire, telle que l'action en partage d'une hérédité entre cohéritiers : elle conférait à chacun d'eux un droit séparé et indépendant sur une partie de la chose qui, dans son ensemble, avait été auparavant propriété commune (50).

L'usucapion (51), réglementée par les XII Tables, mais assez vraisemblablement reconnue auparavant, d'une façon vague et indéterminée, transformait la possession non interrompue (*usus*) en propriété quiritaire, par l'effet

(49) Aucun de ces droits ne pouvait être transféré par mancipation, ni évidemment non plus par tradition.

(50) Ulp., *Frag.*, XIX, 16.

(51) Littérature : Stintzing, *Das Wesen von* bona fides *und* titulus *in d. Röm. Usucapionslehre*, Heidelberg, 1852 ; Schirmer, *Die Grundidee d. Usucapion im Röm. Recht*, Berlin 1855 ; Pernice *Labeo*, vol. II, pp. 152 *sq* ; Voigt, *XII Tafeln*, vol. II § 91 ; Esmein, « Sur l'histoire de l'usucapion », dans la *Nouv. Rev. Hist.*, vol. IX (1885), p. 261 *sq.* [Pad. Cogl. pp. 229, 230 et notes ; C. Carle, *le orig. d. diritto R.*, pp. 182, 183 et notes].

de l'expiration du temps. La disposition des XII Tables disait à cet effet : « usus auctoritas fundi biennium esto, ceterarum rerum annuus esto » (52). La relation dans laquelle les mots *usus* et *auctoritas* se trouvent l'un par rapport à l'autre, a été l'objet de discussions nombreuses : d'après l'opinion, qui prévaut chez les romanistes modernes, le premier mot seul se rapporte à l'usucapion, et le second vise la garantie du titre incombant au vendeur dans une mancipation ; l'un et l'autre étaient limités à deux années pour les terres (et, par une interprétation large, les maisons), et à une année pour toute chose autre. Dans le droit postérieur, la possession — « usage » était le terme technique du droit ancien — avait besoin d'être basée sur un titre suffisant et le possesseur devait être de bonne foi (53). Mais il est généralement admis aujourd'hui que le code décemviral ne contenait aucune exigence de cette sorte : tout citoyen (54), occupant un immeuble ou détenant un meuble comme lui appartenant, et pourvu que ce fût susceptible d'usucapion (55), et qu'il ne s'en fût

(52) Cic., *Top.*, 4, § 23 ; *Pro Caec.*, 19, 54 ; G., II §§ 42, 54, 204. [On peut rapprocher cela de la théorie générale de l'*usus*, pour les premiers temps, présentée par M. Carle, *l. c.* note 52].

(53) Just., Inst., II, 6., pr. [Sur la condition de bonne foi dans l'usucapion du droit Grec, voir Caillemer, *la prescription à Athènes*, Paris 1869, pp. 8, 9].

(54) L'usucapion était propre aux citoyens — « jus proprium est Romanorum » (G., II 65). La disposition des XII Tables « Adversus hostem aeterna auctoritas » (Cic., *De Off.*, I. 12 § 37), qui a été l'objet d'une littérature assez volumineuse, est parfois invoquée comme preuve d'une déclaration de la loi dans le même sens.

(55) Ce qui appartenait à l'état ou au culte, était naturellement exclu de l'usucapion ; il en était de même des *res mancipi* d'une femme en tutelle de ses agnats ou de son patron, si elle les avait aliénées sans leur autorité (G., II. 47), des cinq pieds d'espace libre entre deux propriétés, (Cic. *De leg.*, I. 21, § 55) et d'un petit nombre d'autres choses.

point emparé d'une manière furtive (56), acquérait un droit quiritaire en deux ans ou en un an, suivant le cas, purement en vertu de sa possession. A l'origine, par conséquent, l'usucapion était simplement la transformation d'une possession *de facto* en propriété légale, quand elle s'était prolongée pendant le délai fixé par la loi, et sans attacher d'importance à la façon dont elle avait été acquise pourvu que ce ne fût point par vol, — trop souvent le maintien de la force, aux dépens du droit. Mais, avec le temps, elle fut considérée plutôt comme un remède destiné à corriger un défaut du titre, provenant soit de l'irrégularité du transport, soit du défaut de capacité chez la partie qui en était l'auteur ; et, avec le progrès du droit, elle se développa de manière à devenir la prescription acquisitive soigneusement réglementée qui a trouvé place dans tous les systèmes modernes.

Les XII Tables contenaient diverses dispositions réglant les rapports entre propriétaires voisins (57) et prononçaient des peines d'une grande sévérité pour les atteintes à la propriété. Par exemple, celui qui avait intentionnellement mis le feu à la maison d'un autre, ou à de la paille ou à quelque chose de semblable dans le voisinage immédiat, devait être flagellé et brûlé sur le bûcher (58). Le fait de mener malicieusement la nuit son troupeau paître le blé nouveau d'autrui, était puni de la pendaison du coupable et de la confiscation de ses biens au profit de Cérès (59). Le fait d'ensorceler les fruits pendants appartenant à autrui, ou d'enlever secrètement une récolte de

(56) G., II, 45.

(57) Voir les fragments 1-10 de la septième table dans l'arrangement de Bruns, p. 24.

(58) G., *lib. 4 ad XII Tab.*, au *Dig.*, XLVII, 9, 9.

(59) Pline, *H. N.*, XVIII, 3, 12.

son champ, était aussi puni de mort (60). Le fait de couper un arbre appartenant à autrui entraînait une peine de vingt-cinq *asses* (61), — la même qui était infligée au cas d'outrage adressé à un homme libre ou de voie de fait dirigée contre lui, qui ne s'était point terminée par une fracture d'os (62). Le fait de tuer, blesser injustement un esclave ou un quadrupède donnait à son maître le droit de réclamer des amendes, mais on ne sait pas en quelle forme. Le vol était considéré à des points de vue très divers. Le voleur, pris exerçant son métier la nuit, pouvait être mis à mort sur le champ; de jour, la loi ne permettait pas de le tuer, à moins qu'il n'employât des armes pour résister à l'arrestation (qui était toujours le fait des particuliers, puisqu'il n'y avait encore ni garde civique, ni institution de police). Le voleur pris sur le fait (*fur manifestus*), s'il était un homme libre, était frappé de verges et attribué par le magistrat (*addictus*) à celui dont il avait volé les biens ; s'il était esclave, il était flagellé et précipité de la roche Tarpéienne. Le voleur, qui n'était pas pris au moment même, ne subissait qu'une peine pécuniaire, — le double de la valeur des biens volés. Des dispositions très remarquables étaient prises pour empêcher les tiers de recevoir et cacher les biens volés. Ainsi l'habitant d'une maison, où on alléguait que des biens volés étaient cachés, était obligé de se soumettre à une recherche à cet égard, sous peine d'être tenu coupable de ce qu'on appelait *furtum prohibitum*, et puni

(60) Sén., *Nat. Quaest.*, IV. 7, 3 ; Pline, *H. N.*, XXVIII. 2, 17 ; Serv. *in Virg. Ecl.*, VIII. 99 : Aug. *De Civ. Dei*, VIII. 19. La peine était probablement la mort par le feu : au moins c'était le châtiment des sorciers dans le droit classique. (Paul. *Sent.*, V. 23 § 17). Voir Voigt, *XII Tafeln*, vol. II, p. 800.

(61) Pline, *H. N.*, XVII. 1, 7.

(62) G., III 223.

comme voleur manifeste ; mais celui qui faisait la perquisition devait, pour parcourir la maison, n'avoir sur lui qu'une ceinture autour des reins, et porter un plateau dans ses mains, évidemment pour écarter tout soupçon de perfidie (62 *bis*). Si la recherche avait pour résultat la découverte de la propriété volée (*furtum linteo et lance conceptum*), l'habitant était passible envers le propriétaire du triple de sa valeur, quelqu'innocent ou ignorant qu'il pût avoir été de la présence de la chose dans sa demeure ; mais il avait un recours contre celui qui l'avait frauduleusement introduite dans sa maison, par ce qu'on appelait une *actio furti oblati* (63). L'*actio de rationibus distrahendis* contre le tuteur, qui avait détourné des biens appartenant à son pupille, était tout justement une variété de l'*actio furti*. Il en était de même à l'origine de l'*actio de tigno juncto*, — action appartenant au propriétaire de matériaux de construction, contre celui qui les avait, par vol, incorporés à sa maison. Sa propriété sur ces objets était suspendue pendant leur incorporation : il ne lui était pas permis d'exiger leur enlèvement, car l'intérêt public primait le sien ; mais il était autorisé à demander, par cette action, le double de leur valeur, et, la maison une fois démolie, il pouvait de nouveau les revendiquer (64).

[62 *bis*. Comp., pour l'ancien droit scandinave, Beauchet, *Loi de Westrogothie*, Paris 1889, p. 116 et n. 3. Joignez Esmein, *Mélanges*, p. 238, *sq.* ; Declareuil « la justice dans les coutumes primitives », *Nour. Rev. Hist.*, 1889, p. 381 *sq.*]

(63) Toutes ces variétés de vol et ces *actiones furti* sont décrites par Gaius (III. 183-193), mais non sans quelque confusion. Krueger, dans un article de la *Z. d. Sav. St. ft.*, vol. 5 (1884), *R. A.*, p. 219 *sq.*, en a donné une explication quelque peu différente. Voir aussi Gulli, *Arch. Giurid.* vol. XXXIII (1884), p. 107 *sq.* [Desjardins, *traité du vol*, Paris 1881 ; Padel. Cogl. p. 126 *sq.*, et notes ; comp. p. 464 *sq.* et notes.]

(64) G., au *Dig.*, XLI. 1, 7 § 10 ; Ulp. au *Dig.*, XLVII. 3, 2. Le droit

On ne peut chercher la conception abstraite d'un droit réel dans (ou sur) un bien appartenant à autrui (ce qu'on appelait *jus in re aliena*), à une époque de l'histoire du droit aussi ancienne que celle que nous considérons en ce moment. Les servitudes rurales de passage et d'eau furent, sans aucun doute, reconnues de très bonne heure : car elles étaient rangées parmi les *res mancipi*, et les XII Tables contenaient diverses règles se rapportant aux premières. L'usufruit, lui aussi, n'était probablement point inconnu ; mais les servitudes prédiales urbaines portent l'empreinte d'une législation quelque peu postérieure. Les droits d'emphytéose et de superficie furent d'une origine encore plus récente. Les droits de gage et d'hypothèque étaient également inconnus, comme droits protégés par une action, à l'époque dont nous nous occupons (65). Entre particuliers, la seule chose reconnue par la loi, dans le genre des garanties réelles était la *fiducia*, déjà exposée. Une institution, se rapprochant davantage de l'idée moderne de l'hypothèque, était la sûreté *prædibus prædiisque* exigée par l'État de ses débiteurs, en garantie de leurs dettes. On trouvait là la double garantie résultant des

postérieur ne permit point la revendication éventuelle des matériaux, s'il n'y avait eu aucune *mala fides* dans leur appropriation, et que le double de la valeur eût déjà été payé. [Comp. Desjardins, *vol*, p. 243 et n. 1 ; Sur l'action de *tigno juncto* voir Pampaloni, *la legge delle XII Tavole de tigno juncto*, *Arch. Giur.* 1883 § 13 ; Gaddi (*Muirh.* note 298)].

(65) Les droits d'hypothèque furent certainement inconnus jusque vers la fin de la République. Mais Festus (v. *Nancitor*, Bruns, p. 274) parle d'une disposition de la ligue Cassienne entre Rome et les états Latins en 262. U. C. — « Si quid pignoris nasciscitur, sibi habeto » — qui rend difficile à croire que les Romains ignorassent entièrement, dans la pratique *de facto*, l'engagement des meubles. [La valeur du passage de Festus est discutée par Padeletti et Cogliolo, p. 239 et note q. Sur l'origine de l'hypothèque, voir Padel. Cogl. p. 240 r. Le droit Babylonien et la loi de Gortyne connaissaient l'hypothèque ; de Lapouge « Le dossier de Buanitum », Dareste, « la loi de Gortyne » *Nouv. Rev. Hist.* 1886, pp. 125, 130, 261].

cautions *(prædes)* et de l'engagement de leurs terres *(prædia subsignata)* ; mais comment on traitait tout cela, quand le débiteur faisait défaut, c'est ce qui n'est pas le moins du monde clair (66).

Section 31. — Le Nexum et le Droit des Obligations

Les jurisconsultes de la période classique dérivent les obligations soit de contrats, soit de délits, soit de diverses causes *(variæ causarum figuræ)* ; et celles qui naissent de contrats tiennent, dans la jurisprudence récente, une place infiniment plus grande que celles qui naissent de délits. Dans les XII Tables, il en est tout différemment. Là, la prépondérance appartient, et de beaucoup, aux délits sur les contrats, — dommages donnant à la victime le droit de demander l'application à l'auteur de peines qui, dans la plupart des cas, comprenaient à la fois la réparation et le châtiment. La disproportion des dispositions formulées relativement aux deux sources d'obligation, n'a pourtant rien de surprenant. Avant tout, le but du code décemviral était d'écarter les incertitudes, et de laisser aussi peu que possible à l'arbitraire des magistrats. Or cet arbitraire ne trouvait nulle part carrière plus ample que dans l'imposition des peines : et comme des délits différents demandaient à être différemment traités, on multiplia nécessairement les dispositions à cet égard. Ensuite, les échanges, qui font naitre les contrats, étaient jusque

(66) On trouve une note de la littérature sur la matière dans Baron, *Gesch. d. R. R.*, vol. I p. 169. [Le droit d'exécution de l'état (*venditio praedium praediorumque*) pouvait être vendu par le questeur à des speculateurs (*praediatores*). — Rivier *Untersuch. über die cautio praedibus praediisque*, Berlin, 1863 ; Jhering, *Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), I. 164 *sq* ; Mispoulet, *Institut. polit. des R.*, t. II, Paris, 1883, p. 236 ; Pad. Cogl. p. 240 r.]

là très limités. L'agriculture était l'occupation de la grande majorité ; l'industrie et le commerce étaient plus en retard que dans les dernières années de la période royale ; on venait de commencer à se servir de l'argent monnayé comme moyen de circulation. Enfin, la sauvegarde des engagements reposait, dans une large mesure, sur le serment prêté et la foi jurée, dont, à la vérité, la loi ne s'occupait point, mais qui trouvait une protection tout aussi puissante dans les sentiments moraux et religieux, qui avaient tant de prise sur le peuple.

C'était un principe de la législation romaine, à travers toute son histoire, bien qu'avec le temps il reçût un nombre croissant d'exceptions, que la simple convention entre deux personnes ne donnait pas à celui en faveur de qui elle avait été faite un droit à demander sa mise à exécution. Pour permettre de réclamer l'intervention des tribunaux civils, afin de contraindre à accomplir un engagement, il était nécessaire que cet engagement fût, ou bien revêtu d'une forme prescrite ou reconnue par la loi, ou bien accompagné ou suivi d'un acte s'y rapportant et qui en faisait quelque chose de plus que le simple échange du consentement. Dans la législation des XII Tables, les formalités requises pour élever une convention au rang de contrat et la rendre civilement obligatoire tantôt combinaient la solennité de l'acte avec celle des paroles, tantôt n'exigeaient rien au-delà des paroles solennelles, mais, en tous les cas, devant témoins. La *dotis dictio*, par laquelle le père se chargeait de fournir une dot en mariant sa fille et le *vadimonium*, caution destinée à assurer l'accomplissement exact des obligations assumées par une partie à un contrat ou à un procès, n'exigeaient sans doute rien de plus que des paroles solennelles, prononcées devant des

personnes, qui pourraient en témoigner en cas de besoin ; tandis qu'une promesse jointe à une mancipation, ou un engagement de rembourser de l'argent emprunté, exigeait en outre une cérémonie avec l'airain et la balance. La raison historique de l'emploi de la balance a déjà été expliquée. Avec les progrès du temps, cet emploi de la balance devint une pure question de forme, de solennité ; mais, à l'origine, c'était une question de fond. Dans les premiers temps, ni la vente ni le prêt ne pouvaient se faire sans balance ; le prix, dans l'un des cas, aussi bien que le cuivre prêté, dans l'autre, devaient être pesés. Ce fut l'esprit de conservation, si manifeste dans toutes les branches du droit, qui la fit retenir comme formalité, après qu'elle eut cessé d'avoir de l'importance au fond ; si elle n'avait point eu de signification pratique dans le principe, il n'est pas probable qu'on y aurait jamais eu recours. Il y avait, dans le droit romain, bien des règles de forme, qui paraissaient n'avoir pas grand rapport avec l'acte dont elles faisaient partie ; mais il serait difficile d'en trouver une qui n'eût point son explication historique. Elles étaient souvent conservées, plus ou moins modifiées, simplement parce qu'elles avaient toujours été associées à telle transaction spéciale ; et parfois, longtemps après avoir perdu toute signification de fond ; mais ce n'était pas l'habitude d'introduire, uniquement en vue de la forme, une solennité, qui, à l'époque de son introduction, n'avait aucune valeur pratique. Si l'on ne recherchait que la réflexion dans la formation de l'engagement, la certitude quant à la nature et aux termes du contrat, la publicité et le témoignage digne de confiance, des paroles solennelles, prononcées en présence de témoins, comme dans le *vadimonium* et la *dotis dictio*, suffisaient à cet effet.

On admet très généralement l'opinion que les seuls véritables contrats reconnus par les XII Tables, étaient ceux qui étaient annexés à une mancipation, ou à un abandon en justice et incorporés dans une *lex mancipii* ou *in jure cessionis*, et le *nexum* (1), le *vadimonium* et la *dotis dictio*. Quelques-uns y rangent le contrat verbal de stipulation, qui devint, avec le temps, la forme de contracter la plus importante et la plus compréhensive connue de la loi ; mais il est impossible de découvrir, dans aucun des fragments qui nous restent des XII Tables, même l'allusion la plus éloignée à ce contrat ; et l'opinion la meilleure paraît être qu'il fut d'introduction postérieure.

La condition des *nexi* (nom qui désignait les débiteurs tenus en vertu du contrat de *nexum*), pendant les deux premiers siècles de la république, et les agitations produites à maintes reprises par leurs griefs, ont été mentionnées dans une section précédente (§20). Quoiqu'on ait beaucoup écrit sur la matière, les opinions ne diffèrent pas peu, quand il s'agit de déterminer quels étaient exactement ces *nexi*, comment ils le devenaient et quel était leur *status* en droit. Il semble pourtant y avoir accord général sur ce point, — que leur premier pas vers la condition misérable, décrite par Tite Live et Denys, d'une façon si pittoresque, quoique l'exactitude n'en soit peut-être pas toujours

(1) Les ouvrages sur la matière du *nexum* sont très nombreux et les opinions à ce sujet très divergentes. Danz (*Gesch. d. R. R.*, vol. III., § 146) donne une liste des écrits les plus importants sur la question et un résumé des principales théories. On peut ajouter à cette liste, qui va jusqu'en 1870, Vainberg, *Le nexum... en Droit romain*, Paris 1874 ; Brinz, « Der Begriff *obligatio* », *Grünhut's ZSchr.*, vol. I (1874, p. 11, *sq* ; et Voigt, *XII Tafeln*, vol. I., §§ 63-65. [Padel. Cogl. p. 255, *sq* ; et notes ; comp. App. ma note e sur « l'origine des contrats ». — Sur la portée des *leges mancipii* ou *cessionis in jure*, voir § 30, note 27].

rigoureuse, était un contrat d'emprunt réel ou fictif (2), appelé techniquement *nexum* ou *nexi datio* (3). La pratique de prêter *per libram* était, sans aucun doute, de haute antiquité, — et en vérité l'intervention de la balance était une nécessité, quand l'argent, ou ce qui en tenait lieu, devait être pesé, au lieu d'être compté ; et il n'est pas invraisemblable que la coutume ancienne ait accordé au prêteur, qui avait ainsi fait une avance en présence de témoins, quelque moyen très sommaire et très sévère contre l'emprunteur, qui ne remboursait pas. On a déjà montré (p. 88) comment Servius l'assujettit à des formalités très semblables à celles qu'il prescrivit pour la mancipation, — la balance publique, le *libripens* officiel, les cinq témoins représentant la nation. Lors de l'introduction du monnayage, la transaction, au lieu d'être *per libram* simplement, devint *per æs et libram* ; la balance fut touchée avec une seule pièce, représentant l'argent déjà payé ou sur le point de l'être ; une formule était prononcée, qui imposait à l'emprunteur l'obligation de rembourser, et en appelait à l'attestation des témoins. Malheureusement cette formule n'a nulle part été conservée. Huschke (4) et Giraud (5), supposant que l'emprun-

(2) Des auteurs admettent qu'après l'introduction de l'argent monnayé, et lorsque le fait de toucher la balance avec un simple *as* remplaça, comme partie de la cérémonie, la pesée de tant de livres de métal, la *nexi datio*, sous couleur de prêt, put être et fut en réalité employée à créer une obligation de payer une somme déterminée, quel que fût le fondement véritable de la dette. Cela est extrêmement probable. La vente, dans la mancipation était, en bien des cas, simplement simulée ; et le paiement, dans la *nexi liberatio*, n'avait pas besoin d'être réel. Argumentant par analogie, on peut donc dire qu'il n'y avait pas de raison pour empêcher un individu de devenir *nexus*, comme s'il avait emprunté de l'argent, alors qu'en fait le fondement de la dette était autre.

(3) Voir Appendice, note C.

(4) Huschke, *Ueber das Recht des nexum* (Leipzig 1846), p. 50.

(5) Giraud, *Des nexi ou de la condition des débiteurs chez les Romains* (Paris 1847), p. 67.

teur prenait seul la parole, l'énonçant ainsi : — « Quod ego tibi mille libras hoc ære æneaque libra nexas dedi, eas tu mihi post annum jure nexi dare damnas esto » — « Comme, avec cette pièce de monnaie et cette balance de cuivre, je t'ai donné mille *as*, sois en conséquence tenu *jure nexi* de me les rembourser dans un an d'ici » (6). La locution *damnas esto*, comme le reste de la formule, ne s'appuie sur aucune autorité concluante ; mais comme c'était la locution la plus fréquemment employée pendant la république, pour imposer, par un acte public, l'obligation de payer une somme fixe et déterminée (7), elle peut n'être pas loin de la vérité (8).

Quel était l'effet de cette procédure ? La question est de celles auxquelles il n'est pas aisé de répondre. Brinz a

(6) Si le prêt devait porter intérêt, on insérait les mots *cum impendio unciario*, ou d'autres équivalents.

(7) Voir Huschke, *l. c.* Il traduit *damnas esto* (p. 51), « Du sollst einzugeben Verfluchter sein. » On a fait bien des conjectures sur l'étymologie et le sens originaire des mots *damnum*, *damnare*, *damnas*. Voir les hypothèses les plus importantes dans Voigt, *Bedeutungswechsel*, p. 142 *sq* [Comp. Gaddi (*Muirh.*) note 374].

(8) Voigt, qui estime que la *nexi datio* était un moyen à la fois de transférer la propriété de l'argent ou d'autre chose se pesant, du prêteur à l'emprunteur, et d'imposer à l'emprunteur l'obligation de rembourser, propose une formule différente (*XII Tafeln*, vol. II p. 483), qui a le mérite de se rapprocher, plus que celle de Huschke, de la formule de la *nexi liberatio :* « Hæc ego octingenta æris ex jure Quiritium tua esse aio ea lege, uti tantumdem cum impendio unciario proximis Kalendis Martiis recte solvas liberasque ænea libra. Hanc tibi libram primam postremam adpendo, lege jure obligatus ; » et il pense que cette formule était répétée par l'emprunteur, conformément à sa théorie que, dans toute transaction *per æs et libram*, il devait y avoir *nuncupatio* des deux côtés. Il rejette les mots *damnas esto*, à cause d'une autre théorie à lui, — savoir qu'il n'y avait rien de particulier dans l'obligation créée *nexo*, *i. e.*, qu'elle n'imposait à l'emprunteur aucune responsabilité immédiate, susceptible d'être exécutée par l'emprunteur sans intervention judiciaire ; mais que ce dernier devait poursuivre l'emprunteur, de la façon ordinaire, par ce qu'il appelle une *actio pecuniæ nuncupatæ*.

émis l'opinion, que le créancier était autorisé, en vertu du *nexum*, à arrêter son débiteur à toute époque, quand il considérait cette mesure comme nécessaire à sa propre protection, et même avant l'échéance convenue pour le remboursement, que le débiteur était lié, gage virtuel, dès le premier moment, et qu'il était à la discrétion de son créancier de resserrer ou relâcher ses liens (9). Voigt estime que le *nexum* ne donnait au créancier aucune prise particulière sur son débiteur; et qu'à défaut de paiement, il fallait intenter une action ordinaire, la faire suivre des procédés d'exécution usuels, si le jugement était rendu au profit du créancier (10). On peut dire que ces deux opinions sont les deux extrêmes, entre lesquels il s'en place bon nombre d'autres plus ou moins divergentes. La difficulté d'arriver à une conclusion provient dans une certaine mesure de l'ambiguité des mots *nexus* et *nexum*. La transaction elle-même était appelée *nexum*; l'argent avancé était *nexum aes* (d'où *nexi*, *i. e. aeris*, *datio*); le lien était *nexus* (de la quatrième déclinaison); et le débiteur, soumis à ce lien, était aussi *nexus* (de la deuxième). Tout cela est encore assez simple. Mais nous trouvons le même mot *nexus*, employé par les historiens presque comme synonyme de *vinctus*, — pour désigner la condition du débiteur mis dans les fers par son créancier. Ce

(9) Brinz, *Grünhut's ZSchr.*, vol. I, p. 22. Il compare la position du *nexus* à celle d'une chose, par exemple un fonds de terre engagé à un créancier en garantie de son droit. Une sûreté de ce genre est constamment désignée par les jurisconsultes romains sous le nom de *res obligata* ou *res nexa*. Comme Brinz l'observe, la chose était *obligata* dès le début, et elle restait telle aussi longtemps que la dette qu'elle garantissait n'était point payée, lors même que le créancier jugeait inutile de la réduire en sa possession, ou d'exercer une mesure d'intervention quelconque.

(10) Voir le passage cité note 8.

pouvait être la condition, soit de l'emprunteur en vertu de *nexum*, soit d'un débiteur ordinaire, à la suite de jugement (§ 36). Le premier était, en pareil cas, doublement *nexus ;* il était à la fois dans les liens de l'obligation légale et dans ceux de la contrainte physique. Dans bien des passages, où Tite-Live et d'autres parlent des *nexi*, il est extrêmement difficile, parfois impossible, d'être sur du sens dans lequel ils emploient le mot. Il n'est donc pas surprenant qu'il y ait une diversité considérable dans les opinions sur ce sujet, et que l'on identifie si fréquemment le *status* légal d'un débiteur en vertu de *nexum* (*nexus*) avec celui d'un débiteur en vertu de jugement (*judicatus, addictus).*

L'examen des textes m'incline à la conclusion que, bien que, *de facto*, un créancier ait pu ne faire que peu de différence dans sa façon de traiter ses *nexi* et ses *addicti*, ou même n'en faire aucune, cependant, *de jure*, leurs positions étaient tout à fait distinctes, avant la législation des XII Tables, aussi bien qu'après (11). Le créancier en vertu d'un *nexum*, que le débiteur ne payait point, avait le droit, de son propre mouvement, et sans qu'il fût besoin de jugement pour affirmer l'existence de la dette, de mettre la main sur lui, de le détenir, et de l'employer à son service, jusqu'au remboursement du

(11) Denys (VIII, 83) parlant des événements qui causèrent la première sécession des plébéiens et des mesures proposées pour redresser leurs griefs, distingue nettement entre les emprunteurs, dont la personne avait été saisie par leurs créanciers, parce qu'ils n'avaient point remboursé leur prêt à l'époque convenable et les débiteurs attribués par le magistrat à leurs créanciers, parce qu'ils n'avaient point exécuté les jugements obtenus contre eux. [Sur la distinction, voir la conjecture de H. Krueger (*Gesch. d. cap. dem.*), App. note c sur l'origine des contrats.]

prêt (12). Un droit analogue se retrouve chez toutes les anciennes nations, — Juifs, Grecs, Scandinaves, Germains, etc. (13). Et il n'était pas entièrement déraisonnable. Quand un débiteur avait déjà épuisé tous les moyens possibles de se procurer de l'argent, vendu ou engagé toutes les choses de quelque valeur qu'il possédait, quel autre recours pouvait lui être ouvert, dans sa nécessité, que de s'engager soi-même ? (14). Or, c'était n substance ce qu'il faisait en contractant un engagement de

(12) Cela rend compte de la définition de Varron (*D. L. L. VII*, 105 ; Bruns, p. 308). — « Liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debet dat, dum solveret nexus vocatur » — « l'homme libre qui donne ses services comme esclave, en échange de l'argent qu'il doit, est appelé *nexus* aussi longtemps qu'il n'y a pas eu de paiement. »

(13) Voir les autorités, dans un article de Bruns, dans la *Grünhut's Zschr.*, vol. I, p. 25. La locution grecque était ἐπὶ σώματι δανείζειν. Il y a dans Marculfe (*Form.*, II 27) une curieuse formule, dans laquelle un emprunteur reconnait à son créancier, jusqu'au remboursement du prêt, le droit d'exiger ses services tant de jours par semaine, et le pouvoir de lui infliger un châtiment corporel, s'il met de la lenteur à les rendre. Kohler, dans son *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz* (Würzbourg, 1884), p. 7 *sq*, donne une vingtaine d'exemples tirés des lois et coutumes anciennes (et, en quelques cas, actuelles) de toutes les parties du monde, des pouvoirs des créanciers sur la personne de leurs débiteurs. Cela compose une étude très instructive de droit comparé. Voir *infra* Appendice, Note F. [Voir aussi App. note e, sur l'origine des contrats, notamment Dareste sur *les anciennes lois de la Norvège* (*loi de Gulating*) J. des Savants 1881 p. 30) ; sur *la coutume des Ossètes*, à propos du livre de Kovalevski « coutume contemporaine et loi primitive) : sur *le droit irlandais*, J. des Savants 1887, pp. 282, 476 ; Beauchet, *loi de Westrogothie* p. 85, VII et n. 1].

(14) « Il leur raconta comment il avait été obligé d'emprunter, parce que, tandis qu'il était au loin, combattant contre les Sabins, la récolte de sa ferme n'avait pas été recueillie, sa maison avait été brûlée, son troupeau enlevé, tout pillé et, en même temps, malheureusement pour lui, une taxe imposée ; comment d'abord les champs de ses ancêtres s'en étaient allés, puis ses autres biens ; et comment, à la fin, semblable à un mal rongeur, cela avait atteint son propre corps ; comment son créancier, au lieu de le mettre au travail (*in servitium*), l'avait jeté dans un cachot, dans une chambre de torture. » (Tite Live., II, 23.)

nexum (15) : non point en propres termes, mais par une induction nécessaire (16). L'autorisation, pour le créancier, de réaliser le droit qu'il avait ainsi acquis, indépendamment d'un jugement prononcé par un tribunal, se comprend également. Le contrat de *nexum* était un acte public, accompli en la présence des représentants du peuple, témoins à la fois de la reconnaissance de la dette et de l'engagement tacite du débiteur. La seule objection valable, qui pût être dirigée contre l'arrestation du débiteur par le créancier, à fin d'exécution, était que la dette n'existait plus, — que le prêt avait été remboursé. Mais une dette née de *nexum* ne pouvait être éteinte légalement que par une *nexi liberatio* ; laquelle était aussi une procédure solennelle *per aes et libram*, en présence de cinq citoyens témoins (17). Quel besoin d'investigation

(15) On invoque souvent pour combattre cette façon d'envisager la question, cet argument qu'un citoyen Romain ne pouvait ni se vendre lui-même comme esclave, ni se placer lui-même *in causa mancipii*. Cela est vrai. Mais cela n'est point pertinent. Le *nexus* n'était ni esclave ni *in causa mancipii*. Le droit, qu'avait son créancier, était de le détenir et d'user de ses services ; ce droit était protégé, peut-être par une action réelle, certainement par une action de vol contre les tiers, venant à emmener frauduleusement le débiteur. Sous ces rapports, la relation qui existait entre le *nexus* et son créancier était analogue à celle d'un *auctoratus* à l'égard de son *lanista*, (G., III, 199) ; cependant l'*auctoratus* était sans aucun doute un homme libre, et sa situation le résultat d'un contrat.

(16) Certains jurisconsultes estiment que le fait, pour un débiteur, de se donner comme *nexus*, était quelque chose de distinct de l'engagement de rembourser, et qu'il pouvait être contemporain de cet engagement, ou lui être postérieur. Dans le premier cas, ils supposent qu'il y avait un pacte séparé, ou *lex nexi*, annexé au contrat principal. Pour le second, ils invoquent le témoignage des historiens, qui parlent une ou deux fois de gens s'étant rendu *nexi*, à propos d'emprunts, qu'ils n'avaient point contractés eux-mêmes. Mais, dans ces exemples, il s'agit invariablement d'un fils, se soumettant à cette condition, en raison d'emprunt fait par son père décédé, — d'héritier remplissant, comme la loi l'y contraignait, l'obligation de son auteur.

(17) G., III 174. La formule de la *nexi liberatio* est instructive, car elle montre la relation véritable existant entre le débiteur et son

judiciaire y avait-il, en présence de faits aussi notoires? Il devait arriver rarement qu'un créancier fût assez osé pour exercer la *manus injectio*, si le prêt avait été remboursé; l'eût-il fait, l'attestation des témoins présents à la libération aurait immédiatement procuré l'élargissement du prétendu débiteur. C'était probablement pour donner l'occasion de fournir une preuve de ce genre, s'il y avait lieu, que les XII Tables exigeaient que le créancier, qui avait mis la main sur le débiteur en vertu du *nexum*, le conduisît devant le tribunal avant de l'emmener en détention.

Il y a, semble-t-il, de bonnes raisons de croire que les dispositions des XII Tables sur la *manus injectio* (18), ne s'appliquaient, pour la plupart, qu'aux débiteurs en vertu de jugement. Quelques interprètes, toutefois, pensent qu'elles ne s'appliquaient en aucune façon aux simples *nexi* (19); tandis que d'autres, au contraire, sont d'avis qu'elles s'appliquaient à eux, dans leur intégralité, tout autant qu'aux *judicati* (20). Suivant l'exposé d'Aulu Gelle, elles commençaient ainsi : « Aeris confessi rebusque jure judicatis triginta dies justi sunto. Post deinde manus injectio esto : in jus ducito. Ni judicatum facit » etc., *i. e.* « pour les dette d'argent reconnues et les jugements obtenus à la suite d'une procédure régulière, il y aura trente jours de délai de grâce. Alors le créancier peut mettre la main sur son débiteur, mais il doit l'amener

créancier — « me a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra » — « Je *me* délie et *me* libère de toi, » etc.

(18) Gell., XX I. 45.

(19) *E. g.*, Voigt, *XII Tafeln*, vol. I. p. 629 *sq.*

(20) *E. g.* Huschke, qui est d'avis (*Nexum*, p. 95) que les XII Tables doivent avoir contenu une disposition indiquant que le *nexus* devait être traité de la même façon que le *judicatus*. [Comp. App. note e.]

devant le préteur. Si le débiteur par jugement persiste à ne pas exécuter ce jugement », et ainsi de suite. Que les mots « aeris confessi.... tringita dies justi sunto » (21) se rapportent au débiteur en vertu d'un *nexum*, et non, comme on le suppose généralement, à un défendeur ayant formellement reconnu son obligation, dans la première phase d'une action ordinaire, c'est ce qu'on démontrera plus à propos dans une section subséquente (§ 36). Il devait avoir trente jours de grâce, après l'échéance de sa dette ; et alors le créancier pouvait le saisir, en le conduisant toutefois au magistrat, avant de l'emmener chez lui (*domum ductio*), afin, évidemment, que l'un pût prouver le contrat de *nexum*, et l'autre avoir l'occasion, si les faits l'y autorisaient, de prouver, par la voix des témoins de la *nexi liberatio*, que le prêt avait été remboursé. Tout ce qui suit, dans Aulu Gelle, des dispositions des XII Tables sur la matière de la *manus injectio*, paraît se rapporter seulement au cas du débiteur par jugement. L'intervention possible d'un *vindex*, les deux mois de détention provisoire du débiteur, sa production périodique sur la place du marché, son attribution formelle à son créancier (*addictio*), à l'expiration des soixante jours, la *capite poenas datio*, la vente au-delà du Tibre, le *partis secare*, — toutes ces choses (§ 36) se rapportent seulement au *judicatus*. Il n'y avait point de place pour un *vindex* ou champion dans le cas d'un débiteur en vertu du *nexum* ; car il n'y avait point de jugement, dont ce dernier pût contester la régularité. Il n'y avait pas non plus de place pour une *addictio*, faite par le magistrat, du débiteur à

(21) Il n'y a aucune bonne objection à faire à la locution « dies aeris confessi » ; car « dies pecuniae » se rencontre dans Cic., *Ad. Att.*, X. 5, et « dies pecuniarum » dans Colum., *De R. R.*, I. 7, 2.

son créancier : car le droit de ce dernier était fondé sur un contrat certifié publiquement, et n'avait pas besoin de décret pour le renforcer. Le créancier avait immédiatement le droit, dès qu'il avait arrêté son débiteur et l'avait produit en justice, suivant les termes de la loi, de l'emmener à la maison, de prendre les mesures nécessaires pour le mettre sous bonne garde, et d'employer ses services à un travail profitable. Mais, qu'il pût le tuer ou le vendre, comme quelques-uns le supposent, c'est là une proposition qui ne s'appuie sur aucune autorité distincte.

C'est également une idée insoutenable que de dire que le *nexus* devenait esclave, ou que, tout en gardant sa liberté, sa femme, ses enfants et ses biens tombaient avec lui entre les mains de son créancier. Il n'était certainement pas dans une position pire qu'un *addictus*, — un débiteur par jugement attribué à son créancier par un décret du magistrat, à défaut d'arrangement conclu ; cependant Quintilien déclare nettement qu'un *addictus* ne devenait pas esclave, — qu'il gardait sa situation dans le cens et dans sa tribu (22). A maintes reprises, quand les exigences de l'état le réclamaient, les *nexi* furent temporairement délivrés, afin d'obéir à un appel aux armes, — de remplir le devoir, qui leur incombait comme citoyens. En réalité, un débiteur en vertu de *nexum*, ne subissait point du tout de *capitis deminutio*, par suite de sa détention. S'il était chef de maison, il conservait toujours sa *manus* sur sa femme, et sa *potestas* sur ses enfants. Mais ils ne partageaient point sa quasi servitude (23). Leurs acquisi-

(22) Quint, *Decl.*, 311.

(23) S'ils l'avaient naturellement partagée, il n'y aurait point eu d'occasion pour un fils de se rendre lui-même *nexus* pour la dette de son père, à la mort de ce dernier, comme on nous rapporte que cela arriva quelquefois (voir note 16). Un passage de Tite Live (II, 24) sem-

tions légalement lui appartenaient : mais étaient, sans aucun doute, gardées par eux pour leur propre entretien. Elles ne revenaient certainement point à son créancier. Nous pouvons bien croire que, pour l'ordinaire, un *nexus*, quand il tombait dans cette condition, n'avait plus grand chose qu'il pût appeler sa propriété ; mais admettre que tout ce qu'il avait alors, et tout ce qu'il acquérait postérieurement, par héritage ou autrement, passait *ipso jure* à son créancier, serait réduire à rien l'assertion de Varron — « dum solveret nexus vocatur ». Comment aurait-il pu payer sa dette, et ainsi obtenir son élargissement, si tout ce qui pouvait lui servir à payer appartenait déjà à son créancier. Et que devenait, avec une pareille hypothèse, la disposition de la loi Poetilia, qui faisait du *bonam copiam jurare* une condition de l'élargissement des *nexi* alors en servitude ? (24). Quel que soit le sens de ces mots, — ce qui est une question controversée (25) — ils impliquent évidemment qu'un *nexus*, même enfermé dans la prison de son créancier, avait encore une fortune à lui. C'était sur la personne de son débiteur que le créancier avait le droit d'exercer sa contrainte, et trop souvent il assouvissait

ble, à première vue, contredire ce qui est constaté plus haut : « Servilius... edixit ne quis civem Romanum vinctum aut clausum teneret, quo minus edendi apud consules potestas fieret, neu quis militis, donec in castris esset, bona possideret aut venderet, liberos nepotesve ejus moraretur. » Mais cet édit ne portait aucune mention spéciale des *nexi*. C'était une prohibition générale de s'approprier les biens ou de détenir les enfants d'un citoyen, tandis qu'il était au service et sous n'importe quel prétexte. D'ailleurs il fut d'environ cinquante ans antérieur aux XII Tables, et exista avant qu'il y eût aucune loi définie pour protéger les plébéiens contre l'oppression tyrannique de leurs concitoyens patriciens. — [Voir cependant Esmein « de l'intransmissibilité première des créances et des dettes. » *Nouv. Rev. Hist.* 1887 p. 56].

(24) Varron, *De L. L.*, VII 105 (Bruns, p. 308).

(25) Voir *infra*, note 35.

sur elle sa vengeance, par voie de châtiment ; il n'y avait encore aucun procédé pour saisir les biens du débiteur, afin d'obtenir une réparation matérielle de la perte causée par sa violation de contrat.

Les abus auxquels le système donna naissance, pour les débiteurs en vertu de *nexum* aussi bien qu'en vertu de jugement, ont déjà été mentionnés plus d'une fois. Leurs créanciers, qui les détenaient, au lieu de se contenter de les employer à un travail productif, de n'avoir recours qu'à la contrainte et aux châtiments strictement nécessaires pour assurer leur bonne garde ou l'exercice de la discipline, souvent les enfermaient dans des cachots, les enchaînaient, les affamaient, les flagellaient, les soumettaient aux indignités les plus révoltantes. En l'année 428 (26) un outrage plus flagrant qu'à l'ordinaire, commis par un créancier sur l'un de ses jeunes *nexi*, qui, nous dit Tite-Live, s'était soumis de lui-même à cette condition pour répondre d'un prêt contracté par son père décédé, souleva l'indignation de la populace à un degré tel que cela rendit immédiatement nécessaire une réforme législative. Le résultat fut la fameuse loi Poetilia *(lex Poetilia Papiria)* (27). Elle a souvent été dépeinte sommairement comme une loi abolissant l'emprisonnement pour dette, et substituant l'exécution réelle à l'exécution personnelle. Toutefois sa portée n'était en aucune façon aussi étendue. L'emprisonnement d'un débiteur à la suite de jugement était encore possible dans la législation de Jus-

(26) Suivant Tite Live, Denys le place en 462. [Comp. Gaddi, *Cronologia delle leggi comiziali romane*, p. 531.]

(27) Cic., *De Rep.*, II. 34, § 59; Liv. VIII, 28 ; Denys d'Hal., *Frag*. XVI 9 (Reiske, vol. IV p. 2338) ; Varron, *De L. L.*, VII, 105 (Bruns, p. 308.)

tinien (28), quoiqu'on pût, grâce à la loi Julia sur la *cessio bonorum*, l'éviter ou y mettre fin, en abandonnant sans réserve ses biens à son créancier (29) ; et l'exécution sur les biens d'un débiteur, indépendamment de sa personne, devint pour la première fois l'objet d'une réglementation générale dans un édit de Pub. Rutilius (30), qui fut préteur en 647 U. C. (31).

Autant qu'il est possible de l'inférer des maigres renseignements que nous possédons sur la loi Poetilia, elle contenait au moins trois décisions : 1) que les chaînes et les fers au cou, aux bras, aux pieds, ne seraient appliqués à l'avenir qu'à ceux qui subiraient l'emprisonnement pour crime ou délit ; 2) qu'on ne serait jamais plus le *nexus* d'un créancier, pour lui avoir emprunté de l'argent ; et 3) que tous ceux qui étaient actuellement *nexi*, *qui bonam copiam jurarent*, seraient mis en liberté. La première disposition était destinée à empêcher toute contrainte inutile sur les débiteurs en vertu de jugement.

(28) Voir les allusions, qui y sont faites, comme à une institution existante, au *Dig.* XLII, 1, 34, et au *Cod.*, VII, 71, 1.

(29) Alexandre Sévère au *Code*, VII, 71, 1.

(30) G., III, 78, IV, 35. Cet édit était véritablement une loi de faillite, pour conserver le patrimoine d'un insolvable, et régler le partage de ce patrimoine entre ses créanciers. Mais il n'y a aucune raison de douter que, longtemps avant cette date, le préteur n'ait pu exercer son action dans le même sens, en intervenant spécialement à propos de chaque cas, à mesure qu'il se présentait.

(31) Ce qui, sans aucun doute, a donné naissance à l'idée que la loi Poetilia se proposait de substituer l'exécution réelle à l'exécution personnelle, est la phrase de Tite Live, dans l'exposé qu'il en fait, — « Pecuniæ creditæ bona debitoris, non corpus obnoxium esset. » Mais cela est évidemment un commentaire, et rien de plus : les Romains n'exprimaient pas leurs lois dans un langage aussi abstrait et aussi vague. Tout ce que Tite Live voulait dire était probablement que les biens du débiteur (y compris le produit de son travail) et non pas son corps, comme tel, devaient être rendus responsables de l'argent qu'il avait emprunté. [Padel. Cogl. p. 257 et note f, pp. 341, 342.]

formellement attribués (*addicti*) à leurs créanciers. Les liens n'étaient pas absolument défendus; au contraire, la charte de fondation de l'une des colonies de César, en autorisant la *manus injectio* à la suite de jugement, donnait expressément au créancier le pouvoir d'emprisonner son débiteur, et de le charger de liens, de la façon permise par le *jus civile* (32). Il n'est pas improbable que la loi contenait en outre cette disposition positive au sujet de l'*addictus*, — qu'il devait travailler pour son créancier jusqu'à ce qu'il eût payé sa dette : tout au moins Quintilien mentionne plus d'une fois une loi, qu'il ne nomme point, et où il déclare que la règle était posée (33). La seconde décision, mentionnée plus haut, n'abolissait pas nécessairement le contrat d'emprunt *per æs et libram*, mais seulement ce qui en avait été jusque là une conséquence *ipso jure*, — le droit pour le créancier d'emprisonner son débiteur, sans jugement de tribunal, ni mandat d'un magistrat. Pour l'avenir, l'exécution ne devait être dirigée contre un débiteur qu'en sa qualité de débiteur en vertu de jugement, formellement adjugé à son créancier par un décret du magistrat, et sous les restrictions et limitations imposées par la loi Pœtilia elle-même. Cela conduisit très vite à la désuétude de l'obligation de *nexum* : une fois privée de ses avantages distinctifs en matière de procédure, elle fit rapidement place à l'engagement plus simple, contracté par stipulation, sanctionné *per condictionem* (§ 39). Quant à l'élargissement des *nexi* existants à

(32) *Lex coloniæ Juliæ Genetivæ* (710 A. U. C.), ch. 61 (Bruns, p. 110). — « Judicati jure manus injectio esto..... Secum ducito. Jure civili vinctum habeto. »

(33) « Quid enim lex dicit ? Addictus, donec solverit, serviat. » *Decl.* 311) Voir aussi *Inst. Or.*, VII, 3, 26.

ce moment. Cicéron, Tite Live et Denys ne parlent point de condition jointe à la faveur que la loi leur accordait. Il n'y a que Varron, qui la limite à ceux *qui bonam copiam jurarunt* — ceux, apparemment, qui pouvaient déclarer sous serment qu'ils avaient agi de leur mieux, et ne pouvaient pas faire davantage pour donner satisfaction aux réclamations de leurs créanciers (34). Une limitation de ce genre ne peut guère être qualifiée de déraisonnable, même si on admettait, — comme on doit probablement le faire, — que la libération, dont il était question, n'avait trait qu'aux liens de la contrainte physique, et non à ceux de l'obligation légale (35). Il était assez juste de libérer ceux qui se trouvaient par impossibilité, et non par leur volonté, empêchés de remplir leurs engagements ; mais, agir de même envers ceux qui, le pouvant, refusaient frauduleusement de payer leur dettes, aurait été une injustice à l'égard des créanciers telle, que même les abus, qui furent l'occasion de la loi, l'eussent difficilement excusée.

Il est clair que le contrat de *nexum* et les relations contractuelles ou quasi contractuelles nées d'une *lex mancipii*, d'un *vadimonium*, ou d'une *dotis dictio*, doivent

(34) Les mêmes mots se rencontrent dans la *Lex Julia Municipalis* (ligne 113, Bruns, p. 101), pour désigner une classe de personnes, frappées, par ce fait, de l'incapacité de remplir des fonctions dans une municipalité. Ils doivent donc avoir impliqué l'insolvabilité, plutôt que la solvabilité. Comp. Marezoll., *Frag. legis Rom. in tab. Heracleensis parte* (Gottingue, 1816) p. 142 *sq*; Dirksen, *Ad tab. Heracl. part. alteram* (Berlin, 1817), p. 105 *sq*. Cic., *Ad Fam.*, IX 16, a *bonam copiam ejurare*. Paul. Diac. (Bruns, p. 266) définit l'*ejuratio* « id, quod desideretur, non posse præstare. »

(35) L'expression de Tite Live est « ita nexi soluti ; » et il emploie ailleurs « nexi soluti « par opposition à « nexi vincti » ; il distingue ainsi les *nexi* dans les liens, et les *nexi* en liberté. Dans les II. 23, § 8. il a « nexi vincti solutique. »

avoir été loin de suffire à faire face aux exigences même d'une population agricole, telle que l'était celle de Rome, au quatrième siècle de son histoire. Si l'on achetait un mouton, un troupeau, une charrue, une toge, une jarre de vin ou d'huile, n'avait-on point d'action pour forcer la délivrance; le vendeur n'en avait-il point pour le paiement du prix? Le louage d'un cheval, ou le prêt d'un bœuf ne créait-il point d'obligation? La société était-elle inconnue, et le dépôt, et le gage, et le cautionnement, sous toute autre forme que celle du *vadimonium*? On ne peut avoir aucune hésitation à répondre, qu'étant des transactions de la vie journalière, elles doivent toutes avoir été plus ou moins familières. Il ne s'ensuit pas néanmoins qu'elles fussent déjà réglées par la loi, et protégées par les tribunaux ordinaires. Les jurisconsultes historiens sont assez d'accord que non-seulement les contrats réels de prêt (*mutuum* et *commodatum*), de dépôt, de gage, mais aussi les contrats consensuels de vente, louage, société et mandat, et le contrat verbal de cautionnement n'étaient qu'à peine reconnus jusque là par la loi. La vente était fille du troc, — de l'échange immédiat d'une chose contre une autre. Dans cet échange instantané, il n'y avait point place pour l'obligation de délivrance d'aucun côté, même quand la marchandise donnée par l'une des parties consistait en tant de cuivre brut pesé dans la balance. La substitution de l'argent monnayé au métal brut ne peut guère avoir produit un changement radical : la pratique ordinaire de ces temps primitifs doit toujours avoir été la transaction au comptant, — un échange immédiat de la marchandise contre le prix : ce ne peut avoir été que, lorsque pour une raison ou une autre, on convenait par exception de renvoyer la délivrance ou le paiement à une date future, par

exemple le prochain jour de marché, qu'une obligation était réputée créée. Cette obligation était-elle susceptible de sanction devant les tribunaux civils ? Certains jurisconsultes pensent que oui, — qu'à aucune époque les contrats *juris gentium* ne furent en dehors de la protection des moyens judiciaires, quoique cette protection leur fût donnée par une procédure plus simple que celle à laquelle on avait recours pour la sanction des contrats du *jus civile*. Mais deux dispositions des XII Tables paraissent prouver très clairement qu'il n'en était rien. La première est celle qui a déjà été rapportée comme mentionnée par Justinien (36) — que, là où une chose avait été vendue et livrée, la propriété ne passait néanmoins que lorsque le prix avait été payé, ou des sûretés (*vades*) acceptées à ce titre par le vendeur. Loin d'être la reconnaissance de la nature obligatoire de la transaction, cette disposition est en réalité l'aveu de l'impuissance de la loi à contraindre l'acheteur à payer le prix : c'est une déclaration qu'à défaut de paiement par ce dernier, le vendeur, privé de la protection d'une action personnelle, pouvait être autorisé à recouvrer la chose vendue, comme lui appartenant encore, en quelques mains qu'il la trouvât. La deuxième décision se rapportait au cas d'une personne qui avait acheté une victime, pour un sacrifice, mais ne l'avait point payée. Il ne pouvait être question d'une action réelle en revendication au profit du vendeur, après que la victime avait été consumée sur l'autel ; aussi était-il autorisé par les XII Tables (37), à l'aide du procédé de la *pignoris capio*, (§ 37) à s'approprier de lui-même, et en manière de réparation, un équivalent suffisant, pris dans

(36) Voir § 30, note 4.
(37) G., IV 28.

les biens de l'acheteur, contre lequel il n'avait point d'action personnelle (38).

Il paraîtrait donc que, dans les premiers siècles de l'histoire du droit, les tribunaux civils n'avaient à connaître des obligations conventionnelles *juris gentium* que dans une mesure très limitée. Mais nous avons déjà montré, en traitant de la période royale (pp. 64, 65) que si la partie, en faveur de laquelle une obligation de cette nature avait été contractée, prenait la précaution de la faire confirmer, soit par un serment solennel (*jusjurandum*), soit par une invocation de la Fides, alors la violation de l'obligation tombait sous la connaissance des ministres de la religion ou des magistrats investis à ce moment du *regimen morum*. Il y avait, de plus, diverses transactions et relations qui étaient considérées comme placées particulièrement sous la protection de la Fides, même lorsqu'on ne l'avait pas spécialement invoquée : et, pour certaines d'entre elles, la violation de l'engagement pris, si elle avait été suivie de quelque tort matériel au préjudice de l'autre partie, donnait à cette dernière le droit d'exercer des poursuites contre le coupable. Le tuteur, par exemple, qui avait détourné les biens ou capitaux de son pupille pour son propre usage, était passible d'une action au double de leur valeur. Le dépositaire, qui trahissait le dépôt qui lui avait été confié, s'exposait aussi à une action au double de la valeur de ce qu'il n'avait point restitué, une moitié en réparation, et l'autre à titre de peine (39). Et

(38) Gaius (*l. c.*) rapporte une disposition analogue du louage. Si A louait à B une bête de trait, afin de se procurer de l'argent pour un sacrifice, et que B ne payât point le prix du louage, A pouvait se rembourser par la *pignoris capio*. Ici encore la procédure exceptionnelle existait dans l'intérêt de la religion ; mais elle aurait été inutile si le contrat avait donné lieu à une action personnelle.

(39) Paul., *Sent.*, II, 12, § 11. Voir *supra*, § 30, note 38.

il est très possible, quoique nous ne possédions aucun renseignement sur ce point, que la même règle s'appliquait à l'emprunteur d'un corps certain (*commodatarius*), quand il s'était mis, par sa propre mauvaise foi, dans l'impossibilité de rendre ce qui lui avait été prêté (40).

Tels étaient les cas de violation d'obligations contractuelles ou quasi contractuelles qui, à cause de la gravité de la perfidie qu'elles impliquaient, étaient punis comme s'ils étaient des délits. Quand aux délits proprement dits, — les attentats dirigés contre la vie, le corps, la réputation et la propriété, indépendamment de toute violation de devoir spécial à la charge du coupable, — les XII Tables, comme on a eu l'occasion de le remarquer à diverses reprises, en contenaient une longue liste. Mais les contrats et les délits n'étaient point les seules sources d'obligation sous leur *régime*, pas plus qu'à une époque postérieure. Il y en avait, qui naissaient de faits et de circonstances, — d'événements qui plaçaient une personne dans la situation de débiteur à l'égard d'une autre (*ex re*). C'est à cette classe qu'appartenait le *depensum* (ou *depensio*), plus d'une fois mentionné par Gaïus (41). Il en parle à propos d'une loi Publilia, qui autorisait les cautions (*sponsores*), qui avaient payé la dette pour le débiteur principal, à exercer contre lui la *manus injectio*, si le *depensum* n'avait été remboursé dans les six mois. Toutefois, il ne dit point que la notion d'obligation, à l'occasion de déboursés de ce genre, fût nouvelle, ni qu'une *actio depensi* eût été, pour la première fois, introduite par la loi Publilia. Et il ne peut guère en avoir été ainsi. Le *vindex* et le *vas* des XII Tables, on doit vraisemblablement le sup-

(40) Il résulte de G., IV 47, que le dépôt et le commodat se trouvaient à de certains égards sur le même pied.

(41) G., III. 127, IV. 22.

poser, doivent avoir eu un recours contre la partie pour laquelle ils avaient été obligés de payer ; et il semble qu'il y ait sujet de penser que c'était *l'actio depensi*, mise à exécution par le procédé sommaire de la *manus injectio* (§ 36) (42). On peut aussi assigner à la classe des obligations *ex re* celles qui naissaient entre cohéritiers du fait de leur communauté d'héritage, et qui étaient réglées par le moyen de *l'actio familiæ erciscundæ* décemvirale (43). Il peut y en avoir eu une ou deux autres de la même sorte ; mais les matériaux à notre disposition ne nous permettent point d'en parler avec certitude.

SECTION 32. — LE DROIT DE SUCCESSION.

La Rome patricienne avait deux sortes de testaments, — celui qui était fait à époques fixes dans les comices par curies, sur l'avis du collège des pontifes, et celui qui était fait par les soldats en présence de quelques camarades à la veille d'une bataille, et qui n'était sans doute à l'origine qu'une répartition des biens du testateur entre ses propres héritiers (1). L'un et l'autre restèrent encore en usage dans les premiers temps de la république, mais ils disparurent, avec le temps, par suite de l'adoption générale du testament accompli avec l'airain et la balance *(testamentum per aes et libram)*. D'après ce qui semble être l'opinion générale, c'était aux deux premiers testaments seuls que s'appliquaient les paroles écrites en tête des dispositions des XII Tables sur les hérédités. — « uti legassit suae rei

(42) Voir Voigt XII *Tafeln*, vol. II, p. 495. [Pad. Cogl. p. 260 I.]
(43) G. *ad ed. prov.*, au *Dig.*, X. 2, fr. 1. pr.
(1) Voir *supra* p. 61. Le *testamentum in procinctu factum* ne doit pas être confondu avec le *testamentum militare* de l'Empire, mentionné *infra*, § 67.

ita jus esto » (1 *bis*). Que l'on eût recours aux comices ou à l'armée, la volonté propre du testateur devait dorénavant être souveraine en cette matière. Il ne devait plus y avoir de renvoi devant les pontifes qu'au sujet de la convenance du testament au point de vue des intérêts des *sacra* de la famille et des créanciers du testateur ; de législateurs, sanctionnant une dérogation aux règles ordinaires des successions, les Quirites assemblés devinrent de simples témoins, — recevant la déclaration orale de la volonté du testateur à l'égard de son hérédité.

Le testament avec l'airain et la balance est dépeint par Gaius comme un acte écrit. Mais il nous le présente à une époque qui, selon les apparences, est la troisième de son histoire. Son origine probable a déjà été expliquée (p. 86) dans l'exposé des conséquences des réformes Serviennes sur le droit privé. Ce n'était pas un testament, mais seulement un expédient en tenant lieu. Un plébéien n'avait pas qualité, dans la période royale, pour faire un testament devant les comices ; aussi, au lieu de tester, il transférait ses biens à un ami, sur qui il pût compter, — l'acquéreur était appelé *familiæ emptor*, parce que le transfert revêtait la forme d'une mancipation pour un prix nominal, — avec des instructions pour les distribuer à sa mort (2). Il n'y a rien d'improbable à penser que le même

1 *bis*. G., II 224 ; Just., *Inst.*, II 22 pr. Ulpien et d'autres interpolent « super pecunia tutelave » avant « suæ rei. « Mais cela a tout l'air d'une glose faite par les interprètes de la république ; les XII Tables, traitant de la succession ab intestat, parlent, non de *pecunia*, mais de *familia*. *Legare* ne signifie point « léguer » mais équivaut à *legem dicere* (voir *supra*, § 7, note 7 ; § 11, note 8) *Suæ rei* se rapporte à ce qui est souvent appelé la *res familiaris* ou, plus brièvement, *familia*.

(2) G., II, 103. [Sur tout cela, consulter Cucq. « Le testament *per æs et libram* » *Nouv. Rev. hist.* 1886, p. 533 *sq.*; Padel. Cogl. p. 109 r. p. 198 *sq.*]

expédient pouvait à l'occasion être employé par un patricien, qui avait négligé de faire un testament régulier, et se trouvait atteint de maladie mortelle avant d'avoir une occasion de faire appel aux curies. Mais une disposition de ce genre n'était point un testament, et peut n'avoir pas été appelée ainsi. Le testament était la nomination de quelqu'un comme héritier du testateur, — tantôt la substitution d'une personne du choix du testateur à l'héritier que lui assignait la loi, tantôt l'acceptation de ce dernier en qualité d'héritier testamentaire, de façon que le testateur pût lui imposer les charges que bon lui semblait, comme condition tacite de l'hérédité. Cela rendait l'institué aussi pleinement représentant du testateur après sa mort, que l'eut été son héritier légitime, s'il était mort intestat. Toutefois la mancipation *mortis causa*, qui fraya le chemin au testament *per aes et libram*, ne conférait au *familiae emptor* aucun caractère de cette sorte. Gaius dit qu'il tenait lieu d'héritier (*heredis loco*), en tant qu'il avait les droits et obligations d'un héritier, tels que le *familiæ venditor* avait le pouvoir de les lui conférer et imposer: mais la transaction n'était qu'un transfert du patrimoine, avec une limitation du droit du cessionnaire.

On a soutenu que, comme le droit ne reconnaissait pas la mancipation conditionnelle, la transmission devait opérer dépouillement complet et immédiat du cédant. Mais cette conséquence n'est pas forcée. On pouvait très bien, en transférant la propriété par mancipation, se réserver un usufruit (3); et il paraît bien qu'on pouvait également reculer la délivrance de possession (4), sans enfreindre la règle que la mancipation elle-même ne pouvait être faite

(3) G., II 33.
(G., IV 131 a.

ex certo tempore. Autant qu'il est possible de voir, il n'y avait donc rien qui empêchât l'auteur de l'aliénation (ou quasi testateur) de convenir qu'il retiendrait la possession jusqu'à sa mort ; et comme la *familia* était un ensemble de biens (*universitas rerum*) qui conservait son identité, malgré le changement de ses éléments constitutifs, il devait, en pareil cas, être aussi libre de faire sur elle des actes de maître, tant qu'il vivait, que s'il ne l'avait jamais transférée par mancipation. Mais, à sa mort comment se trouvait-elle atteinte par les réclamations des créanciers ? La législation prétorienne écarta les aliénations frauduleuses qui ruinaient leurs droits ; mais nous n'avons pas de raison de penser qu'aucun moyen de ce genre fût donné au troisième siècle de la cité. Il semblerait presque que les créanciers fussent à la merci du *familiæ emptor*, aussi bien que ceux à qui il avait été chargé de distribuer les biens. Ceux-ci, cela est certain, n'avaient à compter que sur son sentiment de l'honneur ; ils n'avaient point d'action contre lui, parce qu'il n'était pas l'héritier du défunt, et qu'il n'y avait, non plus, entr'eux et lui, aucun lien contractuel. Il était un fiduciaire, rien de plus ; et ce ne fut qu'au commencement de l'empire que la loi se chargea de sanctionner un fideicommis *mortis causa* (5). Il est toutefois probable qu'en ces temps primitifs le risque n'était pas aussi grand qu'il aurait pu l'être à une époque postérieure : la *Romana fides* obligeait à remplir ses engagements tout aussi efficacement que le mécanisme de droit le plus perfectionné.

Cicéron remarque incidemment (6) — ce qu'à vrai dire

(5) Just. *Inst.*, II, 23, 1.
(6) Cic., *De Orat.*, I, 57, § 245.

la nature de l'opération indique très nettement d'elle-même — que le véritable testament avec l'airain et la balance trouvait sa justification légale, non point dans le *uti legassit suæ rei* des XII Tables, mais dans cette autre disposition également célèbre, — « cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita jus esto (p. 180) ». La réflexion sur la valeur et la portée de ces expressions conduisit les interprètes à la conclusion, qu'il ne s'y trouvait rien qui empêchât l'institution directe d'un héritier au cours des *verba nuncupata* joints à une mancipation. Du moment que cette opinion fut adoptée et mise en pratique, la *familiæ mancipatio* cessa d'être un transfert du patrimoine du testateur au *familiæ emptor* ; l'achat fait par ce dernier n'avait plus lieu maintenant que pour la forme, quoique ce fût toujours une forme indispensable, puisque c'était elle seule qui, suivant la lettre de la loi, communiquait efficacité à la *nuncupatio*. Mais c'était la *nuncupatio*, — la déclaration orale adressée aux témoins, — qui contenait réellement la disposition testamentaire, *i. e.* l'institution d'héritier avec telles autres dispositions que le testateur jugeait à propos d'y insérer. Ce fut la seconde phase de l'histoire du testament *per aes et libram*. La troisième fut marquée par l'introduction de tablettes, sur lesquelles les dispositions étaient rédigées par écrit, et que le testateur présentait aux témoins, repliées et attachées de la façon ordinaire, en déclarant qu'elles contenaient l'expression de sa dernière volonté. Gaius rapporte les paroles prononcées par le *familiæ emptor* ainsi qu'il suit : « Que votre patrimoine et vos biens (*familia pecuniaque tua*), m'appartiennent en vertu de l'achat fait avec ce morceau de cuivre et cette balance de cuivre, qu'ils restent soumis à vos instructions

mais sous ma garde, de façon que vous puissiez ainsi faire légitimement votre testament, suivant la loi *(quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam)* » (7). Le sens des mots « sous ma garde » *(endo custodelam meam)* n'est pas tout à fait facile à saisir ; ce devaient être des débris d'une formule plus ancienne. Ce qu'il y a de certain, c'est qu'ils n'impliquaient chez le *familiæ emptor* aucune garde véritable, pas plus qu'une véritable propriété ; le testateur demeurait entièrement maître de son patrimoine, au point que, le lendemain, s'il lui plaisait, il pouvait le manciper à nouveau à un autre acheteur, et faire la *nuncupatio* avec un nouvel écrit testamentaire. La *nuncupatio* était conçue en ces termes : « Ce qui est écrit dans ces tablettes renferme ce que je donne, ce que je lègue, ce que je déclare ma volonté : c'est pourquoi, Quirites, prêtez-moi votre témoignage ; » et, ajoute Gaius, « le testateur était considéré comme proclamant et confirmant par cette déclaration générale tout ce qu'il avait inscrit en détail dans ses tablettes testamentaires. » Les témoins répondaient à l'appel du testateur en donnant leur témoignage (8) en termes qui, malheureusement, ne nous sont point parvenus ; puis le testament était scellé par le testateur, les officiers publics et les témoins (9), les sceaux à l'extérieur, et sur la ficelle qui attachait les tablettes.

Quoique ce testament avec l'airain et la balance fût en premier lieu justifié par la décision des XII Tables sur l'effet des paroles nuncupatoires jointes à une mancipation

(7) G., II, 104.

(8) Paul., *Sent.*, III, 4 a, § 4.

(9) Bachofen *Ausgewählte Lehren d. röm. Civilrechts* (Bonn, 1848), p. 256.

on ne peut manquer toutefois d'apercevoir qu'il arriva à être, avec le temps, subordonné à cette autre décision, qui traitait directement des dispositions testamentaires, — *uti legassit suæ rei ita jus esto* (10). Les interprètes attribuèrent aux mots *uti legassit* le sens le plus large possible : on tint qu'ils avaient la vertu d'autoriser un testateur non seulement à nommer des tuteurs à sa femme et à ses enfants, à affranchir des esclaves et à faire des libéralités à des légataires, mais même à deshériter son propre héritier (*suus heres*) en faveur d'un étranger, pourvu qu'il le fît en termes exprès. Toutefois l'institution d'un étranger sans la mention de l'héritier sien, était frappée de nullité, au moins si ce dernier était un fils : car son père ne pouvait, sans une exhérédiation expresse (*exheredatio*), le priver de la part qu'il avait dans le patrimoine de la famille, comme en étant, en quelque sorte, l'un des co-propriétaires. On ne peut guère supposer que les compilateurs des XII Tables aient eu en vue l'exhérédation — elle était absolument étrangère à la conception traditionnelle de la famille et du patrimoine familial ; mais c'était un droit, dont on ne pouvait refuser la concession, quand il fut réclamé comme compris dans l'*uti legassit*, quoiqu'il fût généralement désapprouvé, et restreint autant que possible par la rigueur des règles apposées à son exercice. La puissance du droit inné du *suus heres* se manifestait encore dans un autre sens, — savoir dans l'effet produit sur un testament, lorsqu'il arrivait à cette situation, après la confection de ce testament. Le testateur avait à pourvoir, soit par institution, soit par exhérédation, au sort non seulement des *sui heredes* en vie à la date de son testament, mais aussi de

(10) Voir *supra*, § 11, note 8.

ceux qui pouvaient surgir postérieurement ; s'il négligeait cette précaution, la naissance d'un autre enfant avait pour résultat d'invalider le testament. Le testament était un acte par lequel on disposait du patrimoine de la famille. Mais l'enfant nouveau-né avait, comme co-propriétaire, un intérêt, dont il ne pouvait être dépouillé que par son institution ou son exhérédation.

En l'absence de testament, où lorsqu'il tombait pour un motif quelconque, la succession s'ouvrait au profit des héritiers *ab intestato*. Il était si notoire que les *sui heredes* avaient droit à la première place, — et cela, non pas tant à titre d'héritiers, que de personnes, qui parvenaient maintenant à l'exercice actif de droits existants jusque là, bien qu'en quelque sorte assoupis (11) — que les compilateurs des XII Tables jugèrent superflu de le déclarer expressément. « Si quelqu'un meurt intestat, sans laisser de *suus heres*, que son agnat le plus proche prenne son patrimoine (12). Que si l'agnat, lui aussi, fait défaut, que ses *gentiles* le prennent » (13). On a déjà observé, à propos de la tutelle des agnats, (p. 156) que la notion de l'agnation (14), en tant que lien distinct de celui qui unissait les *gentiles* membres du clan, fut due aux décemvirs (15).

(11) Voir Huschke, *Studien*, pp. 241, 242.

(12) « Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. » (Ulp., *Frag.*, XXVI. 1.)

(13) « Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento. » (Ulp., *lib. regul.* dans la *Collat.*, XVI. 4, 2.)

(14) Il est fait mention de la définition de l'agnation p. 157, et aux notes 8 à 10.

(15) Cette opinion est émise par Danz, *Gesch*, vol. II, p. 95, et Hœlder, *Zur Geschichte d. rom. Erbrechts* (Erlangen, 1881), p. 56 note. Mais ce dernier paraît aller trop loin en attribuant aussi aux XII Tables le droit des *gentiles* d'un défunt intestat. Ce droit leur était de beaucoup antérieur. [L'opinion indiquée au texte n'est pas très éloignée de celle qui est énoncée par G. May dans ses *éléments de droit romain*,

Ils avaient à élaborer une loi de succession *ab intestat* applicable également et aux patriciens, qui avaient des *gentes*, et aux plébéiens, qui n'en avaient point. Mettre ces derniers exactement dans la même situation que les premiers, était au-dessus de leur pouvoir ; on se trouvait en présence de ce fait que les plébéiens n'avaient point d'institution gentiliciennes et les créer était chose impossible. On surmonta la difficulté en acceptant le principe de l'agnation, sur lequel s'élevait la *gens* patricienne, et en établissant un cercle de parents jusqu'au sixième degré inclusivement, qui, chez les patriciens, devait précéder la *gens* succédant comme corporation, et venir à sa place chez les plébéiens (15 *bis*). On n'obtenait point par là une parfaite égalité, mais on en approchait d'aussi près que les circonstances le permettaient. La différence était que, lorsque les agnats d'un plébéien intestat faisaient défaut, son hérédité était vacante ; au lieu que, à défaut des agnats d'un patricien, il y avait dévolution à sa *gens* investie d'une capacité collective. Une interprétation donnée à la loi, sans doute dans l'intérêt des maisons gen-

p. 142. Si l'on adopte l'avis de Bernhœft « Zur Gesch. d. Europ. Familienr ». *Z. f. Vergl. R. W.* 1888 pp. 209, 210, — qu'il y a lieu de distinguer la consanguinité de l'agnation, que la première est vraiment la parenté du sang par les mâles, que la seconde dérive surtout du lien de puissance, — la conjecture du texte se modifierait. Il faudrait admettre que la loi des XII Tables, en instituant l'agnation, ne se serait pas bornée à mettre à part les *gentiles proximi*, mais qu'elle aurait véritablement créé la notion de l'agnation. La *gentilitas*, en effet, aurait été une parenté consanguine, par opposition à la cognation, parenté par les femmes, réservée aux classes inférieures. Voir p. 157, n. 10. — Quand à la limitation de l'agnation au sixième ou (?) dixième degré (*Inst.*, III. 55), elle parait difficile à admettre en présence de *Inst.* III. 2, 3. Comp. aussi Gaddi (Muirh.) n. 101.]

[15 *bis*. On peut invoquer un texte de Paul, dans la *Collat.*, XVI, 3, 3, qui semble dire que la *gens* ne venait pas toujours. — « *aliquando* quoque gentilibus deferebatur »].

ticiennes, et qu'on ne peut guère supposer avoir été dans l'esprit des décemvirs, rendit la vacance dans le premier cas, et la dévolution dans l'autre, plus fréquentes qu'elles ne l'eussent été autrement, savoir la limitation du droit de succession aux agnats les plus proches du défunt. Si, par exemple, ses frères lui survivaient et qu'ils refusassent l'hérédité, il n'était pas permis à un oncle ou à une autre agnat plus éloigné de la prendre, car il n'était pas le plus proche en degré existant (16) ; la succession passait à la *gens*, si le défunt avait été patricien, et était vacante, s'il avait été plébéien. Une autre interprétation, probablement de date ultérieure, diminua le droit des femmes agnates en refusant la succession aux parentes d'un défunt intestat au-delà du degré de sœur (17) ; le but avoué était de maintenir les biens, autant que possible, dans la famille à laquelle appartenait l'intestat, et d'empêcher qu'ils ne fussent dispersés à la suite de mariages. L'exclusion de la représentation, *e. g.*, le refus de laisser les enfants d'un frère prédécédé prendre part en même temps que des frères et sœurs survivants du défunt, était un résultat inévitable du langage des XII Tables (18) : l'hérédité allait aux agnats les plus proches, à l'exclusion de tous ceux qui étaient plus éloignés : par suite, la division, en cas de concours de plusieurs héritiers, se faisait invariablement *per capita* et non *per stirpes* (19).

L'ordre de succession *ab intestat* ainsi établi par les XII Tables, et qui dura jusqu'aux réformes des préteurs, probablement au huitième siècle de la cité, était le sui-

(16) G., III. 12 ; Ulp., XXVI. 5.
(17) G., III 14 ; Ulp., XXVI, 6.
(18) G., III 15.
(19) G., III. 16 ; Ulp., XXVI. 4.

vant ; d'abord les *sui heredes* du défunt, ensuite son ou ses agnats les plus proches, enfin, si le défunt était patricien, sa *gens*. Ses *sui heredes* comprenaient ceux de ses descendants en sa *potestas* au moment de sa mort qui, par cet événement (ou même après lui, mais avant que le caractère *ab intestat* fût devenu manifeste (20)) devenaient *sui juris*, ainsi que sa femme *in manu* (qui, à l'égard de sa succession était comptée comme une fille) ; mais ils ne comprenaient pas les enfants qu'il avait émancipés, ni les filles tombées *in manum* de leurs maris. Les enfants émancipés ne venaient même pas comme agnats, à défaut de *sui*, car l'émancipation rompait le lien de l'agnation aussi bien que celui de la *potestas*. Pour la même raison, aucun parent émancipé, et ainsi retranché de l'arbre de la famille, ne pouvait élever de prétentions basées sur l'agnation, car ceux là seuls étaient agnats qui étaient soumis à la même *patria potestas*, ou l'auraient été, si le chef de famille commun avait encore vécu.

L'ouverture de la succession (techniquement *delatio hereditatis*) en faveur des *sui heredes*, qu'elle eût lieu en vertu d'une institution testamentaire, ou par l'action de la loi, en l'absence de testament, les investissait immédiatement du caractère, des droits et des responsabilités des héritiers. Aucune acceptation n'était requise, et, suivant les règles du *jus civile*, aucun refus n'était possible. Ils avaient été, tous, en quelque sorte, co-propriétaires avec leur père du patrimoine familial qui, par sa mort, était devenu, de nom tout au moins, une hérédité ; et, comme il n'avait pas jugé à propos de mettre fin à la part d'intérêts qu'ils y avaient, en les émancipant ou en les deshéritant, il ne leur était pas permis maintenant de la

(20) Just., *Inst.*, III, 1, 7.

renier (21). D'où ils étaient désignés sous le nom d'héritiers nécessaires (*heredes sui et necessarii*). L'esclave, lui aussi, institué par son maître dans son testament, était héritier nécessaire ; il ne pouvait refuser, et était investi du caractère d'héritier dès le moment de la mort du testateur (22). Il n'en était pas de même des étrangers institués ou des agnats venant *ab intestat* ; ils étaient libres de prendre ou de rejeter l'hérédité, comme ils le jugeaient à propos ; par suite, on réclamait d'eux un acte d'acceptation (*aditio*) pour les rendre héritiers. C'était à l'origine une déclaration sacramentelle devant témoins, qui portait le nom de *cretio* ; mais, avec le temps, une acceptation dénuée de forme ou même le fait de se comporter comme héritier, suffit en certains cas (23). Il n'était pas rare qu'un testateur, en instituant un héritier réclamât, de lui qu'il fît sa déclaration sacramentelle d'acceptation dans un espace de temps limité, faute de quoi, son droit passerait à un substitué qui, à son tour, était requis de venir à la succession dans un certain délai, et ainsi de suite, avec un nombre quelconque de substitués (24). La série se terminait par un des esclaves du défunt, qui devenait héritier sans adition et sauvait ainsi le testateur de l'opprobre d'une faillite *post mortem*, au cas où l'hérédité se trouvait insolvable (25).

L'*uti legassit* des XII Tables, comme on l'a déjà remarqué, conférait au testateur une très grande latitude pour disposer par testament, qui allait jusqu'à l'exhérédation des *sui heredes*. Il est toutefois bien permis de

(21) G., II, 157.
(22) G., II, 153 ; Ulp., XXII, 24.
(23) G., II, 164-173.
(24) G., II, 174-177.
(25) G., I, 21.

supposer que c'était un parti auquel on avait rarement recours, excepté quand un enfant s'était rendu coupable de grande ingratitude, ou encore si le père avait des motifs de penser que son patrimoine était insolvable, et qu'il désirât protéger ses enfants contre les responsabilités de la succession. D'ordinaire ses *sui*, s'il en avait, devaient être ses institués ; et le but du testament était, ou bien de répartir les biens entre eux, comme il le jugeait à propos, ou de lui fournir à lui-même une occasion de nommer des tuteurs, de faire des legs, ou d'affranchir des esclaves. *Ab intestat* les *sui* venaient également, mais *per stirpes* ; c'est-à-dire que des petits fils, issus d'un fils prédécédé ou émancipé, mais qui avaient été eux-mêmes retenus sous *la potestas* de leur grand père, prenaient, à eux tous, la part à laquelle leur père aurait eu droit d'ailleurs, au lieu de prendre des parts égales à celles de leurs oncles survivants (26). Il n'était aucunement rare, quand l'hérédité tout entière descendait à des fils qu'ils la tinssent en commun, pendant bien des années, comme associés (*consortes*) ; il semble en vérité que telle ait été la première sorte de société connue de la loi ; et quelques unes des règles touchant les rapports des associés dans le droit postérieur portent l'empreinte de leur dérivation de cette forme primitive d'association (27). Mais chacun d'eux avait, à tout moment le droit de réclamer un partage ; il se faisait en justice, au

(26) G., III, 7, 8; Ulp., XXVI, 2.

(27) Voir *supra*, § 11, note 7. [Ferrini, « Origini del contratto di Societa in Roma » *Arch. Giur* 1887, XXXVIII 3 *sq.* ; May, *éléments de droit romain*, t. II, (sur le contrat de société). Sur les indivisions entre frères, voir Garsonnet, *loc. perpét.*, p. 23, n. 3; Caillemer, *le droit de succession légitime à Athènes*, p. 34 ; C. Jannet, *le droit civil à Sparte*, IV, 2, 3 ; P. Viollet, *histoire du droit* p. 478 ; Dareste (sur le livre de Kovalevsky « coutume contemporaine et loi primitive ») *J. des Savants*, 1887, p. 174].

moyen d'une procédure arbitrale introduite par les XII Tables, sous le nom de *judicium*, (quelquefois *arbitrium*) *familiæ erciscundæ* (28). Quand deux ou plusieurs étrangers étaient institués par testament, que ce fût à des parts égales ou inégales, si l'un d'eux venait à manquer, par prédécès ou par refus, sa part accroissait *ipso jure* aux autres, car c'était une règle qui, de très bonne heure, devint proverbiale, qu'on ne pouvait pas mourir en partie testat, en partie intestat (29). Le même accroissement avait lieu entre les agnats, en l'absence de testament (30); et les uns et les autres, agnats et étrangers institués par testament, avaient, pour le partage de l'hérédité, la même action dont les *sui heredes* faisaient usage.

L'hérédité était la forme de beaucoup la plus fréquente de ce qui est appelé dans les textes tantôt acquisition universelle, tantôt succession universelle. Mais elle n'en était en aucune façon la seule ; car, pour ne point parler de certaines formes d'introduction postérieure, la succession universelle résultant pareillement et de l'adrogation (pp. 38, 152) et de la *conventio in manum* (p. 34) fut de bonne heure familière à la loi. L'adrogeant acquérait en masse (*per universitatem*) tous les biens et droits patrimoniaux (sauf un petit nombre d'exceptions), du *paterfamilias* qu'il avait adopté, le mari acquérait tous ceux de la femme *sui juris*, qui tombait sous sa *manus* par ma-

(28) G., II, 219; et *ad ed. provinc.* au *Dig.*, X. 2, 1 pr.

(29) *Dig.*, L. 17, 7 [Voir sur l'origine et l'explication probable de la règle, § 11, note 10. — Joignez Amiet, *Grund u. Bedeutung der Regel « nemo pro parte testatus... etc. »* Soleure, 1883 ; Kindermann, *nemo pro parte... etc.*, Berlin, 1885; Moses, *Lasst sich di Regel « nemo pro parte... » auch auf das Testament eines Haussohnes über sein castrense oder q. castrense peculium anwenden?* Breslau, 1882.]

(30) Ulp., XXVI, 5.

riage (31). De même, l'héritier, ou le groupe d'héritiers, acquérait tous les biens et droits patrimoniaux du testateur, qui l'avait institué, ou de la personne dont l'héridité lui arrivait à la suite d'une dévolution légale. Mais, tandis que l'héritier était responsable des dettes de la personne, à laquelle il avait succédé, l'adrogeant et l'époux ne l'étaient point (32). Il est donc évident que l'obligation aux dettes n'était point inhérente à l'idée de succession universelle. Comment expliquer l'obligation de l'héritier? Le brocard *heres eadem persona cum defuncto* formule une règle, plutôt qu'il n'en donne la raison. En ce qui concerne le *suus heres*, la raison peut n'être pas difficile à découvrir ; comme il avait été, du vivant de son père, membre de la *familia*, et en quelque sorte copropriétaire du patrimoine familial, on peut soutenir qu'il avait été codébiteur avec lui, dans ses engagements. Mais l'étranger institué dans un testament, et l'agnat venant *ab intestat* n'étaient en aucune façon dans une situation semblable. Il n'y avait point lieu de prétendre que l'un ou l'autre eût été, en aucun sens, codébiteur avec le testateur ou le défunt mort intestat ; et si, comme le dit Gaius, la *capitis deminutio* (qui était une mort civile) (33) du débiteur éteignait ses dettes, il est un peu difficile de comprendre comment il pouvait se faire que sa mort véritable, arrivée sans qu'il laissât de *sui heredes*, ne produisît pas le même résultat. Il semblerait plutôt que l'obligation des héritiers, qui n'étaient point *sui*, fût établi par une disposition légale. Dioclétien, dans une de ses constitutions, l'attribue aux XII Tables (34) ; et il y a, dans les textes, d'autres passa-

(31) G., III, 82, 83.
(32) G., III 83, IV, 38.
(33) G., III 153.
(34) *Cod.*, IV, 16,7. [Comp. App. note e, sur l'origine des contrats, *in fine*. Voir Esmein, « les débiteurs privés de sépulture », *Mélanges*,

ges qui constatent qu'elles contenaient une décision, à l'effet de déclarer que, là où il y avait plusieurs héritiers, chacun d'eux serait tenu d'une part des dettes héréditaires correspondant à la part d'héritage, pour laquelle il avait été institué, ou à laquelle il avait succédé *ab intestato* (35). Les droits contre les débiteurs du défunt testat ou intestat étaient répartis d'après le même principe ; il n'était pas besoin de les régler à l'aide d'une *actio familiæ erciscundæ* (36).

L'héritier chargé des dettes du défunt, l'était aussi de ses *sacra* de famille, — sacrifices et autres services religieux, qui devaient être accomplis périodiquement pour le repos des âmes du défunt et de ses ancêtres. Les XII Tables contenaient-elles quelque disposition sur la matière ? cela est incertain ; il est possible que ce fût, dès le principe, un point établi par l'usage et la réglementa-

p. 247 *sq* ; surtout Cucq, « le testament *per aes et libram* » *Nouv. Rev. hist.* 1886 p. 542 *sq.* et Esmein, « de l'intransmissibilité première des créances et des dettes », *Nouv. Rev. hist.* 1887, p. 49 *sq* ; encore Gérardin, « le legs de la chose d'autrui », *eod* p. 711, note 1. M. Esmein fait remarquer (*eod.* p. 60) que ce fut la raison pour laquelle on prit l'habitude de stipuler ou promettre « pour soi et ses héritiers », formule d'abord discutée, et qui ne se comprend pas plus tard. — Après que la transmissibilité des dettes se fut introduite, elle ne fut point toujours appliquée dans sa grande rigueur, mais souvent considérée comme une conséquence des biens, idée d'où se dégagera le brocard *bona non dicuntur nisi deducto aere alieno*, et qui aboutira à permettre de s'affranchir des dettes par la renonciation, et aussi de n'être tenu que dans la limite des biens qu'on prend. Sur ces points, consulter Dareste, « anciennes lois de l'Islande », « anciens codes brahmaniques », « antiquités du droit grec », *Journal des Savants* 1881, p. 496 ; 1884 p. 49 ; 1885 p. 269 *sq* ; (ce point de droit Athénien est controversé ; voy. Caillemer, *le droit de succession légitime à Athènes*, p. 150 *sq.*) ; Dareste « loi de Gortyne », *Nouv. Rev. Hist.* 1886 p. 273 (n° 65).]

(35) Paul., *ad ed.*, au *Dig.*, X. 2, 25 § 13 ; Diocl., au *Cod.*, II. 3, 26 ; Sévère et Car., au *Cod.*, IV. 2, 1.

(36) Gordien, au *Cod.*, III. 36, 6.

tion des pontifes. La règle du *jus civile* à cet égard était très simple : — l'héritier était responsable de leur maintien. Mais, avec le temps, cela présenta des difficultés, particulièrement quand il n'y avait point d'héritier, ou quand le bénéfice réel de l'hérédité, quoiqu'il y eût un héritier, passait en mains tierces. Cicéron (37) commente deux édits pontificaux célèbres, réformant la loi à ce sujet, l'un publié par Tib. Coruncanius, le premier grand pontife plébéien, qui occupa cette fonction en l'année 502 de la ville, et l'autre par P. Mucius Scævola, grand pontife en l'année 631. Sans pénétrer dans les détails de ces dispositions, il suffira d'observer que l'idée dominante des deux édits était que le fardeau des *sacra* devait suivre la *pecunia*, c'est-à-dire, devait peser sur celui ou ceux qui avaient retiré le plus grand profit du patrimoine du défunt, sans d'ailleurs s'écarter de l'ancien principe que, dans les cas ordinaires, les héritiers étaient les personnes tout indiquées pour avoir à subir cette charge, — *heredum causa justissima est*. Avec le temps, le sentiment religieux s'affaiblissant, on en vint réellement à considérer cette responsabilité comme un fardeau, et à saluer comme un sujet d'allégresse une hérédité, qui en était affranchie *(hereditas sine sacris)*, et Cicéron nous parle de la *coemptio* fiduciaire, que les jurisconsultes avaient imaginée comme moyen de permettre aux femmes de débarrasser une hérédité, à laquelle elles avaient succédé, d'une gêne qui, pour elles, était souvent particulièrement incommode (38).

(37) Cic., *De Leg.* II, 19, § 45, II, 20 § 53. Sur la matière en général, voir Savigny, *Verm. Schrift*, vol. I, p. 153 *sq* ; Heimbach, *De sacror. privator. mortui continuandor. apud Romanos necessitate*, Jena, 1827 ; Leist, *Bonor Possessio*, vol. I, p. 10 *sq.*, 41 *sq* ; Leist-Glück, vol. I, p. 164 *sq* ; Hölder, *Erbrecht*, p. 137 *sq*.

(38) Cic., *Pro Mur.*, 12, § 27. Voir *Supra*, § 30, note 36.

D'après Gaius, ce fut pour stimuler les héritiers à venir le plus vite possible à une succession, ouverte à leur profit, et ainsi prendre au plus tôt des mesures à la fois pour satisfaire aux demandes des *créanciers* du défunt et veiller aux *sacra* de sa famille, que la loi arriva à reconnaître l'institution quelque peu remarquable de l'usucapion ou prescription acquisitive de l'hérédité, à titre d'héritier (*usucapio pro herede*) (39). Une usucapion de cette sorte était impossible, — il n'y avait point de place pour elle, — si le défunt laissait des *sui heredes* ; car l'hérédité se fixait sur leur tête dès le moment de sa mort (40). Mais, s'il n'y avait point de *sui heredes*, alors toute personne, en prenant possession des choses qui avaient appartenu au défunt et les détenant pendant douze mois sans interruption, les acquérait par là, comme si elle avait été héritière, — en réalité, suivant les idées d'alors, elle acquérait l'hérédité elle-même. Gaius la qualifie d'acquisition malhonnête, en ce que l'*usucapiens* savait que ce dont il avait pris possession n'était pas à lui. Mais, ainsi qu'il a déjà été expliqué, l'usucapion des XII Tables n'exigeait point de *bona fides* de la part de celui qui usucapait : il pouvait acquérir, par une possession prolongée, la propriété de ce qu'il savait ne pas lui appartenir, pourvu qu'il ne se le fût point approprié furtivement, *i. e.*, sachant que cela

(39) G., II 52 — 55. Il a été fait allusion à l'origine probable de l'*usucapio pro herede supra*, § 11, *in fine*. Sur la question en général, voir Huschke, dans la *Z. f. gesch. R. W.*, vol. XIV. p. 145 *sq*; Leist-Glück, vol. I. p. 208 *sq* ; Hölder, *Erbrecht* . 129 *sq*; Jhering. *Scherz u. Ernst*, pp. 137-171. [Cucq, « le testament *per aes et libram*, *Nouv. Rev. hist.* 1886 p. 559 *sq* ; Aron « *usucapio lucrativa pro herede*, Nancy, 1887 p. 18 *sq* ; May, *droit romain*, t. I p. 305 *sq*. Comp. la théorie de G. Carle, analysée App. note a. IV].

(40) G., II 58, III 201. [Cette explication simple paraît préférable à celle qui a été si soigneusement élaborée par notre regretté collègue Dubois, dans sa « *saisine héréditaire en droit romain*, Paris 1880].

appartenait à autrui. Or une hérédité, avant d'avoir été l'objet d'une appropriation de la part d'un héritier, qui n'avait rien de plus que le droit de la réclamer, strictement n'appartenait à personne ; et il n'y avait par conséquent pas de vol à en prendre possession, en vue de l'usucaper à titre d'héritier (40 *bis*). Il ne peut guère y avoir de doute qu'on ne fût, lors de l'achèvement de sa possession, regardé comme héritier, tout aussi pleinement, que si on était venu en vertu d'un testament, ou comme héritier légitime ab intestat, — ce qui veut dire qu'on était considéré comme tenu envers les créanciers du défunt, et requis de se charger des *sacra* de la famille. Gaius n'en dit pas si long ; mais les deux édits, celui de Coruncanius et celui de Mucius, imposent ce dernier fardeau à celui qui avait possédé et usucapé la plus grande partie du patrimoine d'un défunt ; et il n'est que raisonnable de supposer que le fardeau des dettes devait, d'une façon analogue, tomber sur celui ou ceux qui avaient usucapé, proportionnellement aux parts qu'ils avaient prises dans les biens du défunt (41).

40 *bis*. « Rei hereditariae furtum non fit », Paul., au *Dig.*, XLVII. 19, 6.

(41) Voir Leist-Glück, vol. I. p. 173.

CHAPITRE QUATRIÈME

PROCÉDURE JUDICIAIRE SOUS LE SYSTÈME DÉCEMVIRAL.

Section 33. — Les Legis Actiones en général.

C'est à Gaius que nous devons le seul exposé d'ensemble que nous possédions sur les *legis actiones*, ainsi qu'était appelé le système de procédure judiciaire, qui prévalut à Rome, jusqu'à la substitution du système *per formulas* (§ 71) opérée par les lois Aebutia et Juliae. Ce n'est, tout au plus, qu'une esquisse ; et malheureusement, à cause de l'état du MS. de Vérone, elle nous est parvenue d'une façon très insuffisante. En outre, on ne peut s'y fier aveuglément ; c'était une question d'histoire que

(1) La littérature sur la matière est très volumineuse ; une grande partie se trouve dans des revues. Parmi les ouvrages principaux, Keller, *Der rœm. Civilprocess u. die Actionen* (1e éd. 1852, 6e éd. par Wach, Leipzig, 1883), §§ 12-21 ; Bethmann Hollweg, *Der rœm. Civilprocess in seiner geschichtl. Entwickelung* (3 vol., Bonn, 1864-66), le premier volume consacré aux *legis actiones*; Buonamici, *Delle Legis Actiones nell' antico diritto romano*. Pise, 1868; Becker, *Die Actionen d. rœm. Privatrechts* (2 vol. Berlin, 1871-73), particulièrement vol. I. pp. 18-74 ; Karlowa, *Der rœm. Civilprocess zur Zeit d. Legis actionen*, Berlin, 1872; Padeletti, « Le Legis Actiones », *Arch. Giurid.*, vol. XVII (1875), p. 321 *sq.*; Buonamici, *La Storia della Procedura Romana*, vol. I (Pise, 1886) pp, 15-86. Schulze, *Privatrecht u. Process in ihrer Wechselbeziehung*, vol. I (Fribourg, 1883, le vol. II non encore publié), pp. 439-532, présente certaines vues nouvelles et non sans importance. [P. Nachbaur « *La procédure in jure dans les Legis Actiones*, Nancy, 1883: Padel. Cogl. ch. XXV. XXVI ; H. Krueger, *Geschichte der capitis deminutio, zugleich eine Neubearbeitung des Legisactionsrechtes*, Breslau, 1887 (1e vol.); P. Fietta, « *Origines de la théorie classique des actions* », Nancy, 1888, notamment p. 5-28. p. 67-82]

traitait Gaius ; son information était sans doute imparfaite, et ses idées, sur certains points, étaient certainement confuses. Il dit que les *legis actiones* étaient ainsi appelées, « soit parce qu'elles avaient été introduites par la loi (*leges*), soit parce que les mots mêmes des décisions, d'où elles procédaient, s'y trouvaient insérés, en sorte qu'en leur formule elles devenaient aussi immuables que ces décisions elles-mêmes » ; et il se met en devoir d'éclaicir par un exemple ce point de vue, en rapportant le cas d'un homme, qui en poursuivait un autre, afin de le faire punir d'avoir frauduleusement coupé ses vignes : son action fut rejetée, parce qu'il s'était plaint de dommage causé à ses vignes, au lieu de dire « à ses arbres » (*arbores*) ; cette dernière expression étant celle dont s'était servie la disposition des XII Tables, sur laquelle il se fondait (2). Ici, il y a une confusion évidente entre les *legis actiones*, modes génériques de procédure, et les *legis actiones*, actions spécifiques rentrant dans l'un ou l'autre de ces modes. Même en ce qui concerne ces actions spécifiques, il est clair que, pour beaucoup, on ne se fondait absolument sur aucun texte de loi, par exemple, lorsqu'on réclamait une chose comme votre propriété ; et il est difficile de croire que celles, qui avaient un fondement législatif, fussent aussi stéréotypées que le représente Gaius, ou de supposer que ceux qui, de temps à autre, en faisaient et en publiaient des recueils, reproduisissent toujours littéralement les formules recommandées par leurs prédécesseurs (3). Comme modes génériques de procédure (*genera agendi*), on ne saurait douter qu'elles ne subirent une transformation avec les progrès

(2) G., IV, 11.
(3) Becker, *Aktionen*, vol. I, p. 95.

du temps ; Rudorff et Becker ont tous deux appelé l'attention sur divers cas, dans lesquels nous savons, d'une manière certaine, que quelque trait nouveau fut ajouté, ou un ancien écarté ou modifié (4). C'est là une difficulté qui environne le sujet, comme aussi bien d'autres branches du droit Romain, — l'action des changements, qui doivent nécessairement, quoique parfois d'une façon presque imperceptible, s'être produits sur une institution dans le cours des siècles.

Comme *genera agendi* (5) Gaius nous dit que les *legis actiones* étaient au nombre de cinq, chacune prenant son nom de son trait caractéristique spécial, à savoir, 1) la *legis actio per sacramentum*, 2) celle *per judicis postulationem*, 3) celle *per condictionem*, 4) celle *per manus injectionem* et 5) celle *per pignoris capionem* (5 *bis*). La troisième était inconnue sous la période décemvirale, et sera traitée plus loin (§ 41). Les quatre autres étaient toutes plus ou moins réglementées par les XII Tables, mais doivent, sous une forme ou une autre, avoir été antérieures à elles. Il est toutefois absolument impossible de dire, pour aucune d'entre elles, à quelle époque elle fut introduite, ou quelle fut la loi (*lex*) qui la sanctionna ; il est en vérité bien possible qu'elles n'aient point du tout été introduites par des lois, mais

(4) Rudorff, *Ræm.* R. G., vol. I, p. 105; Becker, *l. c.*

(5) C'est ainsi qu'elles sont appelées par Pomponius au *Dig.*, I, 2, fr. 2, § 7.

[5 *bis*. H. Krueger (*op. cit.* pp. 200-201) pense que toute instance comprend divers actes solennels dont chacun doit être qualifié *legis actio*. *Legis actio sacramento*, *per manus injectionem*, *per postulationem*, ne désigneraient donc pas des instances indépendantes et distinctes, mais des éléments solennels d'une seule et même procédure. — Voir le compte rendu de Brocher, sur le livre de Krueger, *Rev. Générale*, 1888, p. 577 *sq.* spécialement p. 578.]

aient été appelées *legis actiones*, simplement parce qu'elles avaient été reconnues et indirectement confirmées par les XII Tables (6). D'après leur caractère et leur but, elles étaient bien différentes. Les deux premières étaient directement employées pour décider d'une question de droit ou de responsabilité, qui, contestée avec persistance, aboutissait inévitablement à un examen judiciaire ; la quatrième et la cinquième pouvaient aboutir à une intervention judiciaire, mais étaient dans le principe des voies d'exécution, dans lesquelles la partie, qui les mettait en mouvement, exerçait elle-même le moyen qu'elle avait. C'est naturellement une question controversée de savoir laquelle était la plus ancienne. Il y a beaucoup à dire en faveur de l'opinion d'Ihering et de Becker, que la *manus injectio*, n'étant essentiellement autre chose que la justice privée (6 *bis*) réglementée, dut être la première, — que la *legis actio sacramento* et la *judicis postulatio* durent être introduites, pour lui venir en aide, et pour empêcher qu'on n'y eût recours trop précipitamment, là où il y avait place au doute sur la question de droit ou de fait.

(6) Becker (*Aktionen*, vol. I, p. 88 note) dit que *lege agere* signifiait procéder suivant la loi (*nach den Gesetz verfahren*), — c'est l'opinion généralement reçue. « Procéder comme le prescrit la loi » semble être l'idée qu'il a dans l'esprit. « Procéder de la façon reconnue par la loi » *i. e.*, par les XII Tables) paraît plus exact. L'*in jure cessio* (abandon devant le magistrat) était une *legis actio* (G., II. 24), qu'elle fût employée pour réaliser une adoption, une émancipation, un affranchissement ou un transfert de propriété : mais il n'y a pas de raison de croire qu'elle fût d'invention législative ; tout ce qu'on nous dit de son histoire est qu'elle fut confirmée par les XII Tables (Paul., *lib. I manual.*, aux *Vat. Frag.*, § 50) ; et en ce qui concerne la *legis actio per pignoris capionem*, Gaius dit expressément qu'en certains cas son emploi était sanctionné non par la loi, mais par la coutume [G., IV ; 26, 27.]

[6 *bis*. J'emploie cette expression pour désigner « la justice qu'on se rend à soi-même » (*self-help*).]

Avant de pouvoir faire un pas dans aucune des *legis actiones* judiciaires, il fallait une procédure préliminaire pour amener le défendeur devant le tribunal. Ce devoir n'était point commis à des officiers de justice ; il n'y avait point de mandat de comparution d'aucune sorte ; la partie qui mettait en mouvement le litige en question, avait à faire elle-même le nécessaire. On expliquait, tout au commencement des XII Tables, comment il fallait s'y prendre. « Si l'on cite quelqu'un devant le tribunal, ce dernier doit y aller. S'il n'y va point, il faut appeler des témoins. Ensuite, que celui qui le cite le saisisse. S'il hésite ou essaie de s'enfuir, alors il pourra y avoir *manus injectio* (7). S'il est empêché par maladie ou vieillesse, celui qui le cite doit lui procurer un moyen de transport, mais il n'a point à lui fournir de litière, à moins qu'il ne le veuille bien », et ainsi de suite (8). Une fois devant le magistrat (roi, consul ou préteur), le plaignant déclarait sa prétention en quelques paroles sacramentelles. Si elle était admise sans restriction par le défendeur, le magistrat prononçait immédiatement son décret, et laissait au plaignant le soin d'en réaliser lui-même l'exécution à son profit, suivant les prescriptions de la loi. Mais si l'affaire en question rencontrait soit une dénégation complète, soit une opposition partielle, et qu'elle parût au magistrat susceptible d'être mise en jugement, il la renvoyait dans ce but, ou à un tribunal collectif, ou bien à un ou plusieurs simples citoyens, juges ou arbitres. L'acte de renvoi était ce qu'on appelait techniquement *litis contestatio* ou *ordinatio*

(7) La partie, qui ne voulait pas faire ce qui était nécessaire à la mise en jugement de l'affaire, était regardée comme refusant d'y défendre, et traitée comme un *judicatus*. Voir Unger, *Z. f. RG.*, vol. VII, p. 206.

(8) Voir Bruns, p. 16, et comparez Voigt, *XII Tafeln*, vol. I, p. 693.

judicii ; la première désignation venait de ce qu'à l'origine les parties faisaient appel aux personnes présentes, pour être témoins de la question déférée en justice (9). Ce fut l'usage ordinaire à la fois sous le système des *legis actiones* et sous celui des *formulæ ;* il prévalut jusqu'à Dioclétien.

Dans la première phase, la procédure était dite être *in jure*, et les devoirs du magistrat à cet égard composaient sa *jurisdictio* : dans la seconde, elle était dite être *in judicio*, ceux qui y présidaient étant désignés sous le nom de *judices*. La similitude des termes employés pour indiquer ces deux fonctions distinctes est remarquable. *Judex* est la même chose que *jus dicens* : et pourtant on disait aussi *jus dicere* pour le magistrat (10). L'explication la plus probable est celle qui est donnée par Cicéron et Denys, — qu'à l'origine l'office judiciaire n'était point ainsi divisé, et que, dans les procès ordinaires, le roi ne décidait pas seulement si l'affirmation produite dans l'espèce était relevante, mais qu'il en entendait et en examinait les mérites et prononçait le jugement final (11). Les devoirs et les occupations du magistrat suprême devenus plus lourds, on trouva nécessaire de déléguer à d'autres une partie de ses fonctions judiciaires. En certains cas, la délégation parait avoir été faite aux pontifes, en d'autres, à des sénateurs laïques, et, à la fin, avoir été définitivement réglementée par Servius Tullius, à qui il semble qu'il y ait lieu d'attribuer à la fois la création du tribunal centumviral et l'institution du juge unique *(unus ju-*

(9) Paul. Diac., v. *Contestari* (Bruns, p. 265). [J. Tardif, *La Litis Contestatio*, Paris, 1881.]

(10) Les consuls étaient quelquefois désignés officiellement sous le nom de *judices* (Varron *De L. L.*, VI 88. Bruns, p. 306.).

(11) Cic., *De Rep.*, V. 2, 3 (cité § 15, note 4); Denys d'Hal., X. 1.

dex (12). Après cela, ce devint la règle pour le magistrat, dans l'exercice de sa *jurisdictio*, lorsque l'affaire ne pouvait être décidée immédiatement par l'aveu de la part du défendeur (*confessio in jure*) de se borner à déterminer si le demandeur avait droit à poursuivre l'instance, et à la renvoyer, s'il l'accordait, soit aux centumvirs, soit à un seul juge pour rendre jugement sur la question qu'elle impliquait. C'était tout ce que le juge, seul ou en collège, avait à faire. Il n'avait que la « déclaration du droit », non pas « l'exécution du droit ». Si son jugement était au profit du demandeur, ce dernier, à défaut d'arrangement amiable, avait lui-même à en tirer l'efficacité pratique par une procédure ultérieure par *manus injectio*, et cela sous l'œil du magistrat, non point du juge.

Une énumération, faite par Cicéron, de diverses causes de la compétence du tribunal centumviral, semble justifier la conclusion qu'il était de son ressort particulier de trancher les questions de droit quiritaire, au sens le plus strict du terme (13). Il semble bien qu'elles aient toutes donné lieu à des actions réelles (*vindicationes*) (14), revendications de propriété sur des fonds de terre ou de servitudes

(12) voir *supra*, § 15, et notes 8-15.

(13) « In quibus usucapionum, tutelarum, gentilitatum, agnationum, alluvionum, circumluvionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum, testamentorum ruptorum aut ratorum, ceterarumque rerum innumerabilium jura versentur » (Cic., De Or. I. 38, § 173.)

(14) Le *nexorum... jura* » dans le passage cité dans la note précédente ne se réfère pas au *nexum* obligatoire exposé dans une section antérieure (§ 31), et qui fut aboli par la loi Poetilia en 428, mais à un des titres (*fiducia*) en vertu desquels on pouvait avoir la propriété immobilière. L'expression se rencontre fréquemment dans Cicéron en ce sens, *e. g. De harusp resp.* 7. § 14 — Multae sunt domus in hac urbe.... jure hereditario, jure auctoritatis (usucapion ?), jure mancipi, jure nexi ». [Si l'on adopte la conjecture de H. Krueger sur le *nexum*, (*op. cit.* p. 190 *sq.* — voir App. note e sur l'origine des contrats, III) on en conclura que le *nexum* dut, au début, rentrer tout naturellement dans ces questions du ressort du tribunal centumviral.]

sur ces fonds, ou de droit d'hérédité en vertu d'un testament ou contrairement à un testament, de droits de tutelle et de succession *ab intestato*, à titre d'agnat ou de *gentilis*, et ainsi de suite. Dans ces cas, c'était un tribunal nombreux de Quirites, dirigé aux premiers temps de la république par un pontife (14 *bis*), qui tranchait par son vote la question de droit quiritaire qui lui était soumise. Nombre de ces questions, avec le temps, et peut-être d'abord du consentement exprès des parties, arrivèrent à être renvoyées devant un seul juge ; mais certaines d'entres elles, et notamment les demandes d'hérédités en vertu d'un testament ou contrairement à un testament, étaient encore confiées au tribunal cemtumviral à l'époque classique. D'autre part, les actions personnelles, sauf, peut-être, au cas où elles naissaient d'une *lex mancipii*, (p. 179), ne paraissent pas avoir jamais été de son ressort : elles étaient renvoyées d'ordinaire devant un juge unique, — simple citoyen, — choisi par les parties, mais nommé par le magistrat, et à qui ce dernier faisait prêter un serment professionnel. Mais, dans un petit nombre de cas, où l'action impliquait non pas tant une question contestée de droit, qu'une appréciation habile et discrétionnaire de la nature et de l'étendue d'un droit qui, en soi, n'était pas dénié, on la remettait à plusieurs juges ou arbitres privés, d'habitude, trois.

Section 34. — La Legis actio sacramento (1).

Le trait caractéristique de la *legis actio sacramento* (ou *actio sacramenti*) telle qu'elle est décrite par

[14 *bis*. Voir § 15, note 15.]

(1) A la bibliographie indiquée § 33, note 1, on peut ajouter Asverus, *Die legis actio sacramenti*, Leipzig, 1837 ; Huschke (compte rendu

Gaius (2) celui dont elle tirait son nom, était que les parties, après une sorte de scène dramatique, jouée devant le consul ou le préteur, se provoquaient l'une l'autre à parier une certaine somme, dont le montant était fixée par la loi, et qui devait attendre l'issue de l'examen fait par le tribunal ou le juge, auquel la cause était définitivement remise. Cet enjeu est appelé dans Gaïus indifféremment *sacramentum*, *summa sacramenti* et *pœna sacramenti*. La question que le tribunal avait à résoudre était en la forme celle-ci, — quel est celui dont le pari est justifié, celui dont il ne l'est pas (*cujus sacramentum justum, cujus injustum*); l'enjeu du premier parieur lui était restitué, l'autre confisqué au profit du trésor sacré à l'origine, puis du trésor public. Mais la décision sur cette question apparente impliquait nécessairement un jugement sur l'affaire controversée dans la réalité ; si ce jugement était en faveur du demandeur, il lui donnait le droit de prendre, à défaut d'arrangement amiable, des mesures ultérieures pour le mettre à exécution. Cette procédure était encore employée à l'époque de Gaius, dans le petit nombre de cas, qui continuaient à être renvoyés au tri-

Asverus), *Krit. J.B.* de Richter, vol. III (1839), p. 665 *sq;* Stintzing, *Verhaltniss d. l. a. sacramento zum Verfahren durch sponsio praejudicialis*, Heidelberg, 1853 ; Danz, *Sacrale Schutz*, pp. 151-221 ; Maine, *Ancient Law*, p. 375 *sq;* Danz, « Die l. a. sacram. u. d. lex Papiria », *Z. f. R. G.*, vol. VI (1867) p. 339 *sq;* Huschke, *Die multa u. d. sacramentum*, Leipzig, 1874; Lotmar, *Zur l. a. sacramento in rem*, Munich, 1876; Brinz (crit. Lotmar) « Zur Contravindication in d. l. a. sacr. », *Festgabe zu Spengel's Doctor-jubilæum* (Munich, 1877), pp. 95-146 ; Münderloh, « Ueber Schein u. Wirklichkeit in d. l. a. sacramenti », *Z. f. R. G.*, vol. XIII (1878), p. 445 *sq;* E. Roth, dans la *Z. d. Sav. Stift.*, vol. III (1882), *R. A.* p. 121 *sq;* Fioretti, *Legis actio sacramento*, Naples, 1883; Ihering, « Reich u. Arm im altrœm. Civilprocess », dans son *Scherz u. Ernst*, p. 175 *sq.*

(2) G., IV 13 — 17.

bunal centumviral : mais, autrement, était depuis longtemps en désuétude.

Gaius explique qu'on y avait recours à la fois pour l'action réelle et pour l'action personnelle. Malheureusement, le M S. de ses Institutes est incomplet au passage où il décrivait l'application de cette dernière. Nous possédons la plus grande partie de son exposé de l'*actio in rem*, employée pour soulever et résoudre une question de propriété ; mais l'exemple qu'il cite est celui de la revendication d'un esclave, — exemple, qui n'est ni si intéressant ni si instructif que la procédure en revendication de fonds de terre. On peut toutefois la reconstruire avec assez de certitude, à l'aide de renseignements qu'on peut tirer d'autres sources (3).

Les parties paraissaient devant le magistrat armées chacune d'une baguette (*festuca*), représentant sa lance (*quir* ou *hasta*), symbole, nous dit Gaius, de la propriété légale (4). La première parole était prononcée par celui qui avait intenté l'action, et adressée à son adversaire (5). « Je déclare que le fonds de terre en question (le décrivant d'une manière suffisante pour établir son identité), m'appartient selon le droit quiritaire (*meum esse ex jure Quiritium*) ; c'est pourquoi je vous requiers de vous y rendre et d'y engager avec moi l'instance en présence du magistrat (*in jure manum conserere*). » Là dessus,

(3) Principalement Cic., *Pro Mur.*, 12, § 26, et A. Gelle, XX, 10.

(4) G., IV. 16.

(5) Dans un procès *per sacramentum* sur une question de propriété, les plaideurs n'étaient pas exactement demandeur et défendeur : celui, en effet, contre qui l'action était dirigée, avait à établir son propre droit, et non pas simplement à nier celui de son adversaire. C'est pour cela que Gaius ne les désigne pas sous les noms d'*actor* et de *reus* (demandeur et défendeur), mais d'adversaires (*adversarii*). L'un faisait la revendication, l'autre la contre-revendication.

suivant l'usage le plus ancien, le magistrat et les parties accompagnés de leurs amis et soutiens (ou, pourrait-on dire, leurs seconds), se rendaient dans ce but sur le terrain, — le tribunal se transportait du forum sur le fonds lui-même. Toutefois, à mesure que les distances augmentèrent et que les occupations des consuls se multiplièrent, cela devint incommode. Au lieu de ce procédé, on en adopta un autre, — les parties se rendirent sur les lieux sans le magistrat, mais sur son injonction, et engagèrent l'affaire en présence de leurs soutiens, qui avaient reçu l'ordre de les accompagner, et qui faisaient peut être, à leur retour, un rapport sur l'observation exacte des formalités. Plus tard encore, une nouvelle simplification fut introduite dans la procédure ; on apportait une motte de terre prise à l'avance sur le fonds, — il est probable qu'avec le temps on ne fit pas d'enquête bien sérieuse pour savoir d'où on l'avait tirée, — et on la déposait à quelques pas du siège du magistrat : quand il commandait aux parties d'aller sur le terrain, et d'y engager l'affaire, elles apportaient simplement la motte de terre, la plaçaient devant lui, et procédaient à leurs revendications solennelles sur cette motte, représentant le fonds entier sujet à contestation (6).

Le rite était le suivant. Celui qui intentait l'action, s'adressant à son adversaire, affirmait de nouveau sa pro-

(6) L'engagement de l'affaire sur les lieux en présence du magistrat, était techniquement *IN jure manum conserere ;* devant les témoins, mais hors sa présence, c'était *EX jure manum conserere ;* sur la motte de terre devant lui, c'était de nouveau *IN jure manum conserere.* Certains éditeur lisent *manus conserere*, au lieu de *manum conserere.* Mais cela détruit l'idée. Cela signifiait, non pas que les parties levaient ou prétendaient lever la main l'une contre l'autre, mais qu'elles revendiquaient et contre-revendiquaient la propriété sous l'ancienne dénomination de *manus*. Cela ressort d'une façon évidente du langage de A. Gelle, XX. 10, § 8 — *correptio manus* et non *manibus;* et XX. 10 § 9 — *ad conserendam manum*, non *conserendas manus.*

priété (7), mais cette fois avec cette addition significative. — « Ainsi que j'ai revendiqué mon droit de vive voix, voyez, ainsi fais-je maintenant avec ma *vindicta* (8) : » et en même temps, il touchait la motte de terre avec sa baguette (qui était appelée *vindicta*, quand on l'employait dans ce but). Le magistrat prenait alors la parole, demandait à l'autre partie si elle se proposait de faire la contre-revendication. Si elle répondait négativement, ou ne faisait aucune réponse, il rendait immédiatement un décret (*addictio*) en faveur du premier et la procédure était terminée (9). Mais si le second faisait la contre-revendication, c'était en répétant les mêmes mots, et reprenant le même jeu que son adversaire : — « Je déclare que ce fonds de terre m'appartient en droit quiritaire, et moi aussi je place sur lui ma *vindicta* ». Les revendication et contre-revendication orales et symboliques complétaient ce qui était techniquement la *manus consertio*. Les parties

(7) Les termes de Gaius (IV. 16) sont — « meum esse aio secundum suam causam ». Le « secundum suam causam » est généralement imprimé, comme faisant partie de la formule prononcée par le revendiquant, et supposé s'être rencontré dans toutes les revendications. Mais il semble que ce soit mis plutôt par parenthèse. Gaius donne le cérémonial propre à la revendication d'un individu (*homo*) ; et, en pareil cas, il était souvent nécessaire d'expliquer à quel titre on le revendiquait, — par exemple, comme *filiusfamilias*, pupille impubère, personne *in mancipio*, et ainsi de suite. Par conséquent, tout ce qu'il veut dire par les mots « secundum suam causam », c'est que le revendiquant devait avoir soin de fournir l'explication nécessaire. Il n'y avait souvent pas lieu d'en fournir pour la revendication d'un fonds de terre, comme dans l'exemple au texte.

(8) Ceci est une paraphrase libre des paroles de Gaius « sicut dixi, ecce tibi, vindictam imposui ». [Comp. Gaius, éd. Dubois. Paris. 1881 p. 404 n. 53].

(9) En vertu d'arrangement entre un aliénateur et un acquéreur, la procédure jusqu'à ce point était souvent employée comme mode de transfert, l'acquéreur prenant la position de revendiquant : cela constituait l'abandon en justice (*in jure cessio*), qui a été exposé dans des sections précédentes (voir p. 186).

étaient maintenant dans cette position, — que chacune d'elles avait revendiqué sa propriété, et avait, au figuré, eu recours aux armes pour soutenir sa prétention. Mais l'affaire devait être réglée judiciairement : aussi le magistrat intervenait-il une fois de plus, pour leur ordonner à tous deux de s'éloigner du fonds. Le dialogue était ensuite repris ; le revendiquant demandait à son adversaire de lui faire connaître par quel motif *(causa)* il avait exercé la contre-revendication. Dans l'exemple de Gaius, il élude la question, et plaide le moyen général. — « Je l'ai fait, comme c'est mon droit, en imposant ma *vindicta* sur le fonds (10). »

La procédure avait atteint maintenant la phase où le *sacramentum* entrait en scène. Le premier défi venait du revendiquant. « Puisque vous avez revendiqué injustement, je vous provoque au *sacramentum* de 500 *asses* » ; à quoi le contre-revendiquant répondait, — « Et moi, vous ». Cela était techniquement la *sacramento provocatio*. Là dessus, le magistrat renvoyait l'affaire, pour être jugée, au tribunal centumviral, ou, peut être, en certains cas, à un juge unique (11) ; et, en présence des

(10) Il ne peut cependant guère y avoir de doute que dans certaines circonstances, le contre-revendiquant ne jugea à propos de révéler son titre. Cela était tout à fait indispensable, quand il faisait dériver son droit d'un transfert, qui n'avait pas été suivi de deux années de possession ; en pareil cas, il devait nommer son auteur (*auctorem laudare*), s'il désirait conserver son recours contre ce dernier, en vertu de la garantie impliquée dans la mancipation. Il est probable que cela imposait une suspension de la procédure, pour lui laisser citer son auteur dans son propre intérêt ; à la reprise s'il comparaissait et reconnaissait son *auctoritas*, on le faisait formellement partie à l'action. Valerius Probus, IV. 7 (*Coll. lib. jur. antejustiniani*, vol. II. p. 144), nous a conservé l'interrogatoire que lui adressait le revendiquant — « Quando in jure te conspicio, postulo, anne far (fias ?) auctor ? » Cicéron (*Pro Mur.* 12 § 26) cite les cinq premiers mots. Au sujet de la *laudatio auctoris* en général, voir Voigt, *XII Tafeln*, vol. II. p. 195 *sq.*

(11) Dans ce qui reste de son exposé de l'*actio sacramento in personam*, Gaius dit qu'aux termes d'une *lex Pinaria* (que Huschke, Rudorff

témoins appelés par les parties (*litis contestatio*), déclarait quelle était exactement la question déduite au procès, et quel tribunal ou juge devait la trancher. En même temps, suivant l'exposé de la procédure fait par Gaius, il exigeait des parties des sûretés pour le paiement éventuel, par le perdant, du *sacramentum*, qu'il avait offert de parier, et qui devenait l'objet d'une confiscation au profit du trésor. (La pratique originaire était que les deux parties déposassent l'enjeu entre les mains des pontifes, avant d'être entendues par le tribunal centumviral ; après le jugement, le gagnant réclamait le sien, tandis que l'on conservait celui du perdant pour des usages religieux) (12). Le magistrat prenait aussi des arrangements pour la possession intérimaire du fonds, accordée à l'un où à l'autre des plaideurs, exigeant de celui qui l'obtenait une garantie pour assurer, au cas où il viendrait à échouer, la restitution, à son adversaire, de cette possession, en même temps que des fruits et profits retirés dans l'intervalle. Au procès, comme les deux parties revendiquaient, il devait y avoir un certain fardeau de la preuve des deux côtés. Le revendiquant, on peut le penser, devait être tenu d'établir tout d'abord que la chose qu'il réclamait

et Mommsen placent en l'année 282, et Voigt en 322), le préteur ordonnait aux parties de se présenter le trentième jour après la *provocatio sacramento*, pour la nomination d'un juge ; et comme, en parlant de l'action *in rem*, il dit qu'après la provocation suivait la même procédure que dans l'action personnelle (*eadem sequebantur quae cum in personam ageretur*), la plupart des auteurs supposent qu'ici aussi on renvoyait, après trente jours, à un juge unique. Il est probable qu'avec le temps, et sauf certaines exceptions, cela devint assez commun ; mais à l'origine, comme on l'a montré dans une section précédente, et peut-être pendant une couple de siècles, le renvoi pour les actions réelles, se fit d'ordinaire au tribunal centumviral. [Sur la *lex Pinaria* voir Gaddi, cronologia delle leggi com. rom. p. 523 ; Fietta, *origines de la théorie classique des actions*, p. 60 *sq.*]

(12) Voir Appendice, note D.

lui avait appartenu à une certaine époque ; et alors, mais sans doute pas avant ce moment, le contre-revendiquant devait avoir à prouver en sa propre personne un titre postérieur, suffisant pour exclure celui de son adversaire. Le jugement, comme on l'a déjà observé, impliquait nécessairement une décision sur la question principale ; mais, en la forme, c'était une déclaration sur le *sacramentum*, — celui de la partie qui triomphait était déclaré juste, et celui de son adversaire malheureux, injuste (13).

Si l'on considère ce rite dans son ensemble, on acquiert la conviction irrésistible, qu'il ne pouvait avoir été ainsi imaginé par un cerveau. Il offre la révélation et la combinaison de trois phases distinctes dans l'histoire de la procédure, — l'appel aux armes et la justice privée, l'appel aux dieux et au pouvoir spirituel (14), l'appel au magistrat civil et à sa mission judiciaire. Ainsi que le dit A. Gelle, la lutte réelle et véritable pour la puissance, qui, dans les anciens jours, avait été soutenue à la pointe de la lance, avait fait place à un combat civil, à l'aide de la *festuca*, dans lequel les armes étaient des paroles et qui devait être tranché par l'intervention du préteur (15). Mais cela n'explique pas le *sacramentum*. Bien diverses sont les théories proposées pour en rendre compte. Suivant Gaius, ce n'était rien autre que la somme d'argent, pariée par chacune des parties, et qui était confisquée au perdant, au profit du culte, à l'origine, plus tard, du trésor public, comme une peine de sa précipitation téméraire à

(13) Cic., *Pro Caec*, 33, § 97.

(14) On ne doit pas perdre de vue que, dans la période royale, le roi était aussi grand pontife, — qu'il était l'incarnation du pouvoir aussi aussi bien spirituel que séculier.

(15) A. Gelle, XX. 10 § 10. *Vindicare*, c'est tout justement *vim dicare*, proclamer un droit de puissance.

entamer un procès : c'est en substance la même explication qui est donnée par Festus, dans l'une de ses définitions du mot (16). Mais elle est loin d'être satisfaisante, elle entraîne l'absurdité de déclarer qu'une peine, imposée par la loi, pouvait être injuste (*injustum*) en quelque cas, et cette absurdité encore plus grande, de la déclarer juste, à l'égard de la partie qui était dans son droit et injuste à l'égard de celle qui était dans son tort. Il y a dans Festus une autre définition (17) — « une chose est dite faite *sacramento*, quand la sanction du serment est intervenue. » — ce qui fournit un appui à l'opinion de Danz, Huschke, E. Roth, et un ou deux autres, qu'il y eut une époque où les parties à une contestation de droit étaient tenues de prêter serment de la vérité de leurs assertions respectives ; qu'elles étaient aussi tenues de déposer simultanément cinq bœufs ou cinq moutons, suivant la nature ou la valeur de la chose en contestation, pour attendre l'issue de l'examen (18) ; que la question à résoudre était de savoir quel était celui dont le serment était juste, lequel injuste ; et que celui qu'on reconnaissait avoir juré injustement, perdait ses bœufs ou moutons, comme *piamentum*, — offrande pour apaiser la divinité outragée, — tandis que l'autre réclamait les siens de l'endroit où ils avaient été déposés et retenus dans l'intervalle (19).

(16) Fest., v. *Sacramentum* (Bruns, p. 289).

(17) Fest., v. *Sacramento* (Bruns, p. 289).

(18) Ce fut la *Lex Aternia Tarpeia* de l'année 300 U. C., qui substitua aux cinq bœufs ou moutons, respectivement 500 et 50 livres de cuivre (Cic., *De Rep.* II. 35, § 60, où les mots d'ordinaire imprimés « de multae sacramento » devraient être lus « de multa et sacramento »); Fest., v. *Peculatus* (Bruns, p. 279). Les XII Tables remplacèrent les livres en poids de métal brut par le même nombre d'*asses* ; elles décidèrent que 500 *asses* serait la *summa sacramenti*, quand la cause de l'action se monterait à 1000 *asses* ou à plus, 50 quand elle vaudrait moins, ou qu'il s'agirait d'une question de liberté ou d'esclavage. (G., IV. 14).

(19) Voir Appendice, Note E.

Les auteurs ci-dessus mentionnés sont loin d'être unanimes quant aux détails, ce qui n'a rien de surprenant, si l'on considère combien maigres sont les matériaux sur lesquels leurs théories sont construites. Mais il semble y en avoir suffisamment pour rendre plus que probable que, dans une phase intermédiaire entre la *vera solida vis* des anciens temps et la *vis civilis et festucaria*, qu'A. Gelle et Gaius dépeignent, il y eut une procédure consistant dans un appel aux dieux, à l'aide de serments de vérité prêtés par les parties, de la façon et avec les conséquences qui ont été indiquées. Il n'y a aucun moyen de juger si c'était encore la pratique à l'époque de la législation décemvirale. Il est tout à fait dans l'ordre des choses qu'elle ait, avec le temps, disparu des rites. Elle tendait à devenir une simple forme, n'imposant aucun frein véritable à la témérité des procès. L'entrave se trouvait plutôt dans la crainte de la confiscation des bœufs, moutons, ou argent du *sacramentum*, qui suivait le verdict déclarant qu'un serment avait été injuste. Et l'on dut d'ailleurs sentir qu'il n'était pas légitime de flétrir quelqu'un du nom de parjure en l'obligeant à expier son offense par une offrande aux dieux, quand son serment avait été parfaitement loyal. Qu'il subît une peine pour l'imprudence qu'il avait eue de ne pas prendre plus de soin de vérifier sa situation, et de causer ainsi un inutile ennui à d'autres, cela était raisonnable, mais n'autorisait pas à le traiter en homme ayant sciemment outragé la divinité à laquelle il avait fait appel. C'est ainsi que le serment, — le *sacramentum* originaire, — disparut, le nom passant, par une

[19 *bis*. Sur cette *vis civilis* dans l'instance possessoire, (et aussi dans le procès en revendication) voir A. Exner, « Die imaginære Gewalt im altrömischen Besitzstörungsverfahrem » *Z. d. Sav. Stift. f. R. G.*, 1887, *R. A.*, p. 167 *sq.*]

marche assez naturelle, à la somme d'argent qu'on avait l'habitude de déposer, avant le serment ; mais qui cessait d'être une offrande expiatoire, imposée à un parjure, et devenait une simple peine de la témérité du procès (*pœna temere litigantis*) (20). Le défaut d'harmonie se trouvait dans le maintien, dans la bouche du *judex*, de la vieille formule. — « Le *sacramentum* de A est juste, celui de N, injuste ; » on ne peut l'expliquer que par cet esprit de conservation qui régnait dans le droit romain, et empêchait d'abandonner d'anciennes formes, pour des considérations purement théoriques, aussi longtemps qu'elles pouvaient s'adapter en pratique à des conditions modifiées.

Il est bien permis de supposer que, dans la plupart des cas, le verdict du tribunal sur la justice ou l'injustice des *sacramenta* respectifs des parties terminait l'affaire, — qu'il était immédiatement accepté et loyalement exécuté. S'il était rendu en faveur de celui, à qui la possession intérimaire avait été adjugée par le magistrat, il ne pouvait y avoir de difficulté ; il gardait l'objet de la contestation, avec les fruits et profits qu'il avait retirés dans l'intervalle entre la *litis contestatio* et le jugement. Mais si le verdict était rendu en faveur de l'autre et qu'on tardât à faire un arrangement à l'amiable, nous n'avons rien de certain sur le procédé suivi. Gaius dit qu'en adjugeant la possession intérimaire (*vindicias dicere*), le préteur exigeait de celui à qui il l'accordait des garanties, au moyen de cautions (*prædes*) fournies à l'adversaire, en vue d'une restitution à ce dernier, au cas où il triompherait (21). D'autre part, Festus nous a conservé une disposition des XII

(20) Rubr. tit. *Inst.*, IV. 16.
(21) G., IV 16.

Tables, qui, d'après la version de Mommsen, déclarait que, s'il apparaissait que la possession intérimaire avait été adjugée à la partie qui avait tort, il serait au pouvoir de cette dernière de demander la nomination de trois arbitres, chargés de déterminer la valeur de l'objet revendiqué et des fruits, et de fixer les dommages-intérêts, dus à défaut de restitution, au double de ce montant (22). Cette disposition semble avoir eu pour objet de fournir à celui, qui avait reçu à tort la possession intérimaire et ne se trouvait pas en état de faire une restitution en nature à son adversaire vainqueur, un moyen d'éviter la mainmise et l'emprisonnement qui étaient les conséquences légales du défaut d'accomplissement d'un jugement (§ 36) (23). Il est probable que le paiement de ce double arriva, avec le temps, à être considéré comme la satisfaction à laquelle le gagnant dans une revendication avait droit, dans tous les cas où, pour n'importe quelle raison, il ne pouvait obtenir la chose elle-même et ses fruits du possesseur intérimaire ; qu'en conséquence il y eut, en pareil cas, toujours lieu à un *arbitrium litis æstimandæ*, ou renvoi devant les arbitres pour fixer cette valeur ; et que c'était pour assurer ce paiement, que le préteur comman-

(22) « Si vindiciam falsam tulit, si velit is, praetor arbitros tris dato. Eorum arbitrio rei fructus duplione damnum decidito ; » Fest., v. *Vindiciae* (Bruns, p. 300) ; Mommsen, *Fest. cod. quatern.* XVI (Berlin, 1864), p. 84. On suppose généralement que cette loi se trouvait dans l'une des Tables supplémentaires de l'année 304 ; s'il en était ainsi, elle avait sans doute pour but d'atténuer les rigueurs des dispositions sur la *manus injectio* dans la Table III. Voir Voigt, *Jus nat.*, vol. III pp. 702-716 [Comp. Fietta, « *origines de la théorie classique des actions* » p. 73 *sq.*]

(23) Voigt (*Jus nat.*, vol. III, p. 705 *sq* : *XII Tafeln*, vol. II p. 656, note 14) estime, contrairement à l'opinion généralement suivie, que les dispositions des XII Tables, à propos de l'exécution sur les *res jure judicatæ*, n'étaient pas limitées aux jugements portant sur une somme d'argent.

dait à la partie, à laquelle la possession intérimaire était adjugée, de donner à son adversaire les garanties *(praedes litis et vindiciarum)*, auxquelles Gaius fait allusion.

Telle était la *legis actio sacramento in rem*, quand c'était la propriété de fonds de terre qui faisait l'objet de la contestation. Mais toute espèce de *manus*, qu'un Romain pouvait prétendre avoir sur les personnes ou les choses, pouvait être revendiquée par le même procédé, nécessairement avec des modifications plus ou moins importantes dans les rites. Si l'on contestait son droit sur une femme qu'il alléguait être son épouse, ou sur une personne qu'il affirmait être son *filius familias*, ou homme libre en sa dépendance *in mancipio*, ou son esclave, l'*actio sacramenti in rem* était le moyen approprié à tous ces cas. Il en était de même s'il réclamait une hérédité, en qualité d'héritier ; et aussi lorsqu'il réclamait un service ou droit de servitude sur le fonds d'autrui, ou désirait établir que son propre fonds était libre de charge de cette nature. Si un homme était détenu par un autre comme esclave, et qu'il alléguât être en réalité un homme libre, c'était par le même procédé qu'il obtenait jugement ; la poursuite avait lieu par l'intermédiaire d'un tiers, qui prenait le nom d'*adsertor libertatis* : en ce cas les XII Tables limitaient la peine du *sacramentum* à cinquante *asses*, et prescrivaient que, pendant le cours du procès, la partie, dont l'état était discuté, jouirait de la condition d'homme libre. Il a été suggéré, à la vérité d'une façon quelque peu conjecturale, par un auteur aussi circonspect que Brinz (24), qu'il était possible que l'*actio sacramen-*

(24) Dans son article « Sur l'idée contenue dans le mot *obligatio* » (*Grünhut's ZSchr.*, vol. I, p. 23 *sq*). [Comp. App. Note c sur « l'origine des contrats »].

to in personam (décrite par Gaius dans une page, dont on ne peut malheureusement lire qu'une demi-douzaine de mots, dans le M S. de Vérone) n'était autre à l'origine qu'une *vindicatio*. Pénétré comme il l'est, de l'opinion que, dans le droit ancien, le débiteur était pratiquement soumis à la *manus* du créancier, qui pouvait le réduire en quasi servitude, s'il ne remplissait pas ses engagements, il demande — Qu'était-ce qu'une action personnelle au début, sinon une contestation sur l'esclavage ou la liberté du débiteur, — une action *in rem*, dans laquelle le *vindex* (p. 266) prenait la place de l'*adsertor libertatis* ? La conjecture est nouvelle, et mérite plus ample examen.

D'après l'opinion communément reçue, mais qui repose sur de frêles fondements, dès le début, les parties à une action personnelle se rencontraient sur un pied d'égalité ; au cas de dette d'argent, le créancier commençait la procédure, en affirmant que le défendeur lui devait la somme en question, — « Je déclare que vous devez me payer *(dare oportere)* 1000 *asses* » ; cette affirmation se heurtait à une dénégation ; suivait, de part et d'autre, la provocation au *sacramentum* (25). Tout le monde est d'accord pour dire que le renvoi avait lieu devant un *judex* unique, après un intervalle de trente jours, à partir de la procédure *in jure* ; que, lorsque la réclamation portait sur une somme déterminée, le demandeur devait établir sa prétention à la lettre ; et que son *sacramentum* était forcément déclaré injuste, s'il n'arrivait pas à prouver sa demande, à une obole près. Mais il y a une grande diver-

(25) Valer. Prob. IV., Nos. 1 et 2, contient ces *formulæ* « aio te mihi dare oportere », et « quando negas, te sacramento quingenario provoquo ». La dernière a tout l'air d'avoir appartenu à la procédure *sacramento;* mais la première peut tout aussi bien avoir appartenu à la *legis actio per condictionem* (infra § 41).

sité d'opinions sur le point de savoir si cette forme de procéder pouvait servir à intenter une demande portant sur un objet incertain, — par exemple, une réclamation de dommages-intérêts, pour violation de garantie (dans une *lex mancipii*) de la contenance de fonds vendus, ou de leur franchise de charges. Si on pouvait s'en servir, il est probable que la question soulevée et traitée *sacramento* était la question abstraite de responsabilité, — la garantie avait-elle été donnée, et avait-elle fait défaut ? et qu'on laissait l'appréciation de la somme due à l'occasion de la violation, à une instance arbitrale subséquente (*arbitrium litis æstimandæ*).

Section 35. — La Legis actio per Judicis Postulationem (1).

L'état défectueux du M S. de Vérone nous a privés de l'exposé de Gaius de la *legis actio per judicis postulationem*. Ailleurs, il y a bien peu de chose que l'on puisse dire avec certitude se rapporter à elle. Le renseignement le plus important est une note de Valerius Probus — T. PR. I. A. V. P. V. D., qu'il interprète — *te, prætor, judicem arbitrumve postulo uti des* (2). Cette requête adressée au magistrat — roi, consul, préteur, — de nommer un juge, un arbitre ou des arbitres (suivant le cas) était, selon toutes probabilités, une partie de la procédure de cette action, celle dont elle tirait son nom distinctif.

(1) A la bibliographie de la note 1, § 33, joignez — Baron « Zur legïs act. per judicis arbitrive postulationem », dans la *Festgabe fur Aug. W. Heffter* (Berlin, 1873), p. 29 *sq* ; Huschke, *Multa*, etc. p. 394 *sq* ; Adolf Schmidt, « Ueber die l. a. per jud. post. » *Z. d. Sav. Stift.*, vol. II (1881), *R. A.*, p. 145 *sq* ; Voigt, *XII Tafeln*, vol. I, § 61. [Pad. Cogl. p. 322 f ; Sohm, *Instit.* (3e éd. Leipzig, 1888) § 35, II (pp. 139, 140 et n. 3).]

(2) Valer. Prob., IV. 8 (*Coll. libror. jur. antejust.*, vol. II, p. 144).

Hors de là, tout est conjecture, autant pour la nature et la forme de l'action, que pour les cas dans lesquels elle s'appliquait. Gaius dit de la *legis actio sacramento*, qu'elle était générale, et que c'était la procédure à laquelle on devait avoir recours, là où il n'y en avait pas d'autre prescrite par la loi. Les fragments, qui nous restent des XII Tables, ne contiennent aucune des indications que cette observation nous conduirait à attendre ; on n'y trouve pas trace d'instruction expresse, pour l'emploi, dans un cas particulier, de la procédure *per judicis postulationem*. Il s'y trouve cependant deux ou trois dispositions sur les *arbitria* (3), — renvois de questions à des arbitres, à résoudre par eux, non pas forcément par une affirmation ou une négation des prétentions respectives des parties, mais suivant leur conviction de ce qu'ils estimaient le droit dans les circonstances données, cela fût-il inférieur à ce qu'on réclamait d'un côté, ou supérieur à ce qu'on accordait de l'autre. Le nombre de ces *arbitria* peut avoir augmenté postérieurement à la législation décemvirale ; en effet, Cicéron applique ce nom à toutes les actions, qui donnaient naissance à ce qu'on appelle plus communément *bonæ fidei judicia* (§ 71) ; quelques unes d'entre elles peuvent avoir été introduites par la procédure *per*

(3) *E. g.*, « arbitrium falsæ vindiciæ, » Fest., v. *Vindiciæ*, (Bruns, p. 300) ; « arbitrium familiæ ercíscundæ », Cic. *P. Cæc.*, 7, § 19, G., au *Dig.*, X. 2, 1, pr ; « arbitrium finium regundorum », Cic., *De Leg.*, I. 21, § 55.

(4) G., IV. 20. Il est en train de parler de la *leg. act. per condictionem* (*infra*, § 41), introduite par les lois Silia et Calpurnia. Cette action tendait à obtenir jugement sur une demande ayant pour objet une somme d'argent déterminée ou toute autre *res certa*. Il dit que la nécessité de cette action était loin d'être évidente, si on considérait que ces demandes auraient pu parfaitement s'introduire *sacramento* ou *per judicis postulationem*. Cependant les *judicia* issus de ces lois étaient, dans le principe, essentiellement *stricti juris*.

judicis postulationem, aussi longtemps que les *legis actiones* furent d'un usage général.

Toutefois une observation incidente de Gaius, à propos d'une autre matière, ne permet guère de douter que la *judicis postulatio* n'ait été aussi employée pour introduire des *stricti juris judicia*, — des actions dans lesquelles le juge n'avait point de latitude, mais était tenu de prononcer en faveur du défendeur, à moins que le demandeur n'établît sa réclamation, exactement à la lettre. Quelles étaient ces actions ? En examinant la question, il est visible qu'avec les dispositions des XII Tables, la procédure du *sacramentum* doit avoir été souvent hors de propos. (5) On ne pouvait guère songer à intenter sous cette forme la revendication d'une chose de valeur inférieure à la peine minima du *sacramentum*, ou à réclamer, par cette voie, par exemple, l'amende de vingt cinq *asses*, pour voies de fait, ou celle de la même somme, pour la perte d'un arbre frauduleusement coupé (6). Comme la *condictio* ne fut introduite que plus tard, la conclusion presque inévitable est que le remède doit avoir été le recours *per judicis postulationem*. Bien des auteurs cependant, sont d'avis que son emploi n'était pas limité aux cas auxquels la procédure *per sacramentum* cessait d'être appropriée, par suite de la modicité de l'intérêt pécuniaire. Huschke semble incliner à penser que, dans la plupart des actions personnelles, le demandeur pouvait, à son gré, choisir l'une ou l'autre forme de procéder. Karlowa soutient la doctrine qu'en dehors des XII Tables,

(5) Becker (*Aktionen*, vol. I, pp. 65-67) relève un nombre considérable de moyens contenus dans les XII Tables, qu'il aurait été très difficile d'employer *sacramento*.

(6) Telle était la peine infligée par les XII Tables pour les délits ci-dessus mentionnés.

il y avait une grande variété de droits, sanctionnés par le *jus* — droit coutumier, non pas loi promulguée; que les actions servant à les protéger étaient des *jurgia*, non des *lites*; et que la *judicis postulatio* était la procédure usitée pour ces *jurgia* (7). Voigt découvre un vaste champ ouvert à l'emploi de cette forme de procédure, dans les XII Tables elles-mêmes. Il n'indique pas moins de cinquante-deux actions, dont il y trouve le principe; et, sans se laisser intimider par la remarque de Gaius sur la généralité de l'*actio sacramento*, il n'hésite pas à assigner à chacune d'elles sa procédure propre. Il n'y en a, d'après lui, pas moins de trente-cinq, qui doivent avoir été introduites par la *judicis arbitrive postulatio*, parmi lesquelles neuf aboutissaient à des *arbitria*, et le reste à des *judicia* (8). Son raisonnement est ingénieux; mais en l'absence presque entière d'autorité directe pour l'appuyer, il ne peut guère être qualifié de convincant.

Quoi qu'il soit impossible de tracer avec certitude l'histoire de cette procédure, en poussant jusqu'à ses premiers commencements, cependant l'impression générale est que ses origines doivent avoir remonté à la période royale. Il y avait trois situations différentes, dans lesquelles on pouvait en appeler à la protection des tribunaux — 1), quand il s'agissait d'une question de droit civil à trancher en termes directement affirmatifs ou directement négatifs de la prétention de celui qui avait intenté l'action, et dans laquelle se trouvaient impliqués des points à la fois de droit et de fait; 2) quand il s'agissait seulement d'une question de fait à constater, le résultat légal du fait, s'il était établi, étant connu d'avance; 3) quand des faits étaient opposés

(7) Karlowa, *Röm. C. P.*, pp. 47 *sq.* 122 *sq.*

(8) Voigt, *XII Tafeln*, vol. I pp. 586-589. Voir aussi Jhering (*l. cit.* § 34, note 1), p. 203 *sq.*

à d'autres faits, et qu'on arrivait à prendre comme résultat ce qui, au jugement de ceux qui avaient à les peser, paraissait équitable et raisonnable d'après les circonstances. Dans le premier cas, par exemple quand la prétention portait *meum esse* ou *dari oportere* (autrement qu'en vertu d'une obligation de *nexum*) la procédure se faisait *sacramento*, et l'on renvoyait à l'origine (suivant toutes probabilités) aux pontifes, plus tard, toutefois, au tribunal centumviral ou à un *judex*. Dans le second, par exemple quand la question portait — le défendeur avait-il, oui ou non, commis des voies de fait contre le plaignant, et avait-il ainsi encouru la peine fixée d'une façon invariable par la loi ? — on renvoyait sans doute à un *judex*, sans intervention de *sacramentum* ; dans le troisième, par exemple quand l'affaire en question était le partage d'une hérédité entre cohéritiers, ou la détermination de savoir si les travaux du défendeur mettaient obstacle à l'écoulement naturel des eaux du terrain du demandeur, et comment le tort devait être réparé, ou la fixation des dommages et intérêts pour atteinte à la propriété, ou de la somme nécessaire au rachat du talion ou du châtiment légal du vol, on renvoyait à un ou plusieurs arbitres. Dans la procédure *sacramento*, les débats s'ouvraient directement par une affirmation de droit « Je déclare que cela m'appartient », « Je déclare que le défendeur est tenu de me payer tant » ; mais, dans la procédure *per judicis arbitrive postulationem*, il y a lieu de conjecturer que les débats commençaient par une affirmation de fait, suivie de la requête du demandeur qui en était la conséquence. Les détails, toutefois, sont complétement incertains, sauf que, dans quelques *arbitria*, le demandeur se mettait lui même à la discrétion des arbitres — *quantum aequius melius est ob eam rem mihi dari*.

Section 36. — La Légis actio per Manus Injectionem (1).

Dans un de ses chapitres les plus intéressants et sous la forme d'un dialogue entre Sex. Caec. Africanus, le jurisconsulte, et le philosophe Favorinus, pendant qu'eux et quelques autres attendaient dans la cour quadrangulaire du palais le moment de rendre leurs hommages à l'empereur, A. Gelle introduit un exposé, qu'il met dans la bouche d'Africain, de quelques-unes des dispositions des XII Tables, et, en particulier de celles qui réglementaient la *manus injectio* (2). Il fait dire à Africain que, d'après son opinion (*opinor*), les expressions de la loi étaient les suivantes : « Aeris confessi rebusque jure judicatis triginta dies justi sunto. Post deinde manus injectio esto. In jus ducito. Ni judicatum facit, aut quis endo eom jure vindicit, secum ducito : vincito aut nervo aut compedibus. Quindecim pondo, ne majore, aut si volet minore, vincito (3). Si volet suo vivito. Ni suo vivit, qui eom vinctum

(1) A la bibligrophie de la § 33, note 1, on peut ajouter Huschke, *Nexum* (1846), p. 79 *sq;* Savigny, « Das alt-röm. Schuldrecht », dans ses *Verm. Schrift.*, vol. II (1850), p. 369 *sq;* Hoffmann, *Die Forcten u. Sanaten, nebst Anhang über d. altræmisch. Schuldrecht* (Vienne 1866), p. 54 *sq;* Unger, *Z. f. R. G.*, vol. VII (1868), p. 192 *sq;* Vainberg, *Le nexum et la contrainte par corps en droit romaiu* (Paris, 1874), p. 36 *sq* : Bruns, *Z. f. R. G.*, vol. XII (1876), p. 128 *sq:* Exner, *Z. f. R. G.*, vol. XIII (1878), p. 392 *sq;* Voigt, « Ueber d. Gesch. d. röm. Executionsrechtes », dans les *Berichte d. K. Sæchs. Gesellsch. d. Wissenschaften, phil.-hist. cl.*, vol. XXXIV. (1882), p. 76 *sq;* Voigt, *XII Tafeln*, vol. I, §§ 63-65 ; Jhering, (*l. cit.* § 34, note 1,) pp. 196 *sq*, 232 *sq:* [Pad. Cogl p. 315, d ; p. 325 *sq* et notes ; H. Krueger, *Gesch. d. cap. dem.* p. 192 *sq* ; Fietta, *origines de la théorie classique des actions*, p. 22 *sq* ; G. Carle, *le orig. d. dir. rom.* p. 206 *sq* ; p. 560 *sq*.]

(2) A. Gelle, *Noct. Att.*, XX 1, §§ 41-51.

(3) Les M.SS. portent « ne minore aut si volet majore ». Puchta (*Inst.*, vol. I § 179, note i), Lange (*Rœm. Alt.*, vol. I. p. 155), et Hoffmann (*l. c.*, p. 68) soutiennent cette leçon ; mais la plupart des auteurs s'accordent à faire la modification ci-dessus.

habebit, libras farris endo dies dato. Si volet plus dato ». Africanus continue *narrative:* « Les parties conservaient encore la faculté d'entrer en composition ; mais, si elles ne le faisaient point, le débiteur était tenu dans les fers pendant soixante jours. Vers la fin de ce délai, il était amené devant le préteur, dans le *comitium*, à trois jours de marché consécutifs, et on proclamait le montant de la dette due en vertu du jugement. Après le troisième jour de marché, *capite poenas dabat*, ou bien il était transporté de l'autre côté du Tibre, pour être vendu à un étranger. Et cette peine capitale, établie afin de détourner de l'infidélité aux engagements, était redoutable par son atrocité, et par les terreurs nouvelles dont les décemvirs jugèrent à propos de l'entourer. Car si le débiteur avait été adjugé à plus d'un créancier, ils pouvaient, s'il leur plaisait, couper son corps en morceaux et se le partager. Voici les termes de la loi, — « Tertiis nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt, se fraude esto ».

Tel est l'exposé de A. Gelle des dispositions des XII Tables au sujet de cette *legis actio*. J'ai préféré donner les mots de la loi dans le texte original ; parce que, sur certains points, il y a de graves doutes sur leur signification. Mais il ne faut pas oublier qu'A. Gelle ne garantit pas leur exactitude ; les XII Tables étaient, déjà de son temps, un objet d'antiquité : et les jurisconsultes eux-mêmes n'en connaissaient que ce qu'on en observait encore (4). D'ailleurs, il semble presque hors de doute qu'il ne les a reproduites que partiellement ; car il cite lui-même, dans un autre chapitre, une couple de phrases, qui ont tout l'air d'appartenir au même contexte. — Adsiduo

(4) A. Gelle, XVI, 10, §§ 2-8.

vindex adsiduus esto. Proletario jam civi, quis volet vindex esto ». — Le *vindex* d'un propriétaire foncier doit être lui-même propriétaire foncier ; mais chacun peut, à son gré, être *vindex* pour un prolétaire ». Nous avons donc à envisager, et l'extrême probabilité que l'exposé est incomplet, et en outre la possibilité qu'il ne soit pas littéralement exact. Il y a, par suite, place pour une erreur en deux sens ; mais la nature et l'effet de cette procédure, dans ses traits principaux, peuvent se tirer des textes, tels quels, avec une certitude suffisante.

C'était une procédure d'exécution, mais contre qui ? La réponse dépend de l'interprétation des mots, « Aeris confessi rebusque jure judicatis ». Le sens naturel est — « Pour les dettes d'argent reconnues et les jugements obtenus à la suite d'une procédure régulière (*jure*) il y aura trente jours de grâce ». L'opinion générale est que les mots *aeris confessi* visent la reconnaissance formelle faite par le défendeur, dans une action portant sur une dette d'argent, lors de sa première comparution devant le magistrat, du caractère incontestable de la réclamation du demandeur, — ce qui, dans le droit postérieur, fut appelé *confessio in jure* ; et que les mots *rebus jure judicatis* visent les jugements rendus par les *judices* sur renvoi du magistrat, dans les cas de procès sérieux (6). Mais cette

(5) A. Gelle, XVI, 10, § 5. Ces deux phrases sont attribuées d'ordinaire à la première Table, qui réglemente l'*in jus vocatio;* mais la comparaison avec le chap. LXI de la *L. colon. Jul. Genetivae* (Bruns, p. 111) montre qu'elles se rapportent à la *manus injectio*.

(6) Beaucoup de Romanistes modernes estiment que le jugement, pour autoriser la *manus injectio*, devait porter sur une somme d'argent déterminée. Mais si la leçon généralement admise de Gaius, IV, 48, est exacte, savoir que, dans le système des *legis actiones*, la condamnation judiciaire avait pour objet l'*ipsa res*, et non pas un équivalent pécuniaire, il ne semble pas qu'il y ait aucune autorité à l'ap-

manière de voir prête à l'objection qu'elle exclut la *manus injectio* à la suite d'une reconnaissance ou d'un aveu, fait par une partie, quand la cause de l'action était autre qu'une dette d'argent (7). L'explication la plus probable est que toute reconnaissance faite devant le magistrat dans la première phase du procès, était regardée dans la période décemvirale, comme *res jure judicata* (8) : et en effet, bien que cela ne soit constaté nulle part, on ne peut pas imaginer que l'aveu, ou la non-négation du droit du demandeur par le défendeur, ne fût pas suivi d'un verdict ou déclaration du magistrat, qui constituait un jugement, aussi bien que la décision des centumvirs ou du *judex* sur la justice ou l'injustice du *sacramentum*. Partant de ce point de vue, les mots *aeris confessi* des XII Tables doivent avoir fait allusion à quelque chose d'autre que la *confessio in jure* : et cette autre chose, ainsi qu'on l'a déjà remarqué, ne peut avoir été que la dette en vertu du *nexum* (p. 204). Si, comme quelques-uns le pensent, la création de cette dette impliquait, non pas simplement que le prêteur imposait à l'emprunteur une obligation dans les termes *dare damnas esto*, mais que ce dernier en recon-

pui de cette opinion. (Toutefois, cette interprétation de la proposition de Gaius, — qui, de l'aveu de tous, a besoin de quelque correction, — a été vigoureusement combattue par Brini « Della condamna nelle leg. act. », *Arch. Giurid.*, vol. XXI (1878) p. 213 *sq.*, et Montagnon, *sur la nature des condamnations civiles* (Lyon, 1883), p. 6 *sq.* Ils estiment que ce que Gaius disait réellement était que, dès le début, les condamnations eurent toujours pour objet une somme d'argent.) [Comp. Padel. Cogl. p. 337 b']

(7) Il n'y avait naturellement pas lieu à *manus injectio*, à la suite d'aveu ou plutôt de non contre revendication, dans l'*actio sacramenti in rem* portant sur des meubles, à toute époque, ou sur des immeubles, à l'époque où la procédure se faisait sur les lieux ; le revendiquant n'avait qu'à s'approprier immédiatement la chose. [Comp. Pad. Cogl. p. 339 note b; Gaddi (Muirh.) n. 507]

(8) Quel autre sens avait le brocard — « Confessus pro judicato habetur ? »

naissait l'existence dans les termes *dare damnas sum*, il serait difficile de concevoir un exemple plus parfait d'*æris confessum*. Mais, même sans la reconnaissance verbale du débiteur, son acceptation du prêt, dans les termes exprimés par son créancier, en présence des représentants du peuple, était un aveu public de la dette, auquel la même épithète ne convenait guère moins. Gaïus, en expliquant le mode de libération des obligations par le cuivre et la balance (9), dit que c'était le moyen propre aux dettes nées *per æs et libram* ou *ex causa judicati* : dans le premier cas, dit-il, le débiteur était appelé *damnatus*, dans le second, *judicatus* ou *condemnatus*. Dans son court exposé de la *manus injectio* (10), il borne son application aux deux mêmes classes, les *judicati* et les *damnati*. Il n'y a pas un mot, dans l'un ou l'autre passage, sur le *confessus* (*in jure*). On ne peut donner de cette omission d'autre explication que celle-ci, — que ce *confessus* était regardé comme *judicatus*. Les *æris confessi* des XII Tables devaient donc viser le cas du débiteur que Gaïus appelle *damnatus*, — celui qui avait été soumis à l'obligation *per aes et libram* et au *dare damnas esto*, en d'autres termes, le *nexus* ou débiteur en vertu d'un *nexum* (11).

La *legis actio* était donc possible contre un *nexus* ou un débiteur en vertu de jugement (ce dernier comprenant l'*in jure confessus*) ; mais seulement après trente jours,

(9) G., III 173-175.

(10) G., IV 21.

(11) Gaius comprend parmi les *damnati* l'héritier qu'un testateur a grevé d'un legs dans les termes » dare damnas esto » (legs appelé « legatum per damnationem, » G., II 201). Mais cela était inconnu à l'époque de la promulgation des XII Tables; par conséquent : les *aeris confessi* ne pouvaient faire allusion qu'au cas du *nexus*. Voir Appendice, note F.

à dater de l'échéance de la dette, dans le premier cas, du jugement (ou de l'aveu), dans le deuxième. Elle consistait dans l'arrestation du débiteur par le créancier lui-même : dans sa première phase, au moins, elle était un acte de pure justice privée. Il est impossible de dire ce qui l'accompagnait ou la suivait, dans les temps antérieurs aux XII Tables ; il est probable qu'il y avait dans toute la procédure quelque chose de vague et d'incertain que les dispositions nouvelles se proposèrent de faire cesser. Suivant Gaïus (12), la cause de l'arrestation devait être déclarée par le créancier sur le champ, — par exemple que la personne arrêtée était débitrice de tant, en vertu d'un jugement, qu'elle n'avait point payé, et que la *manus injectio* avait lieu à propos de la dette, qui venait d'être mentionnée. Qu'il s'agît de débiteur en vertu d'un *nexum* ou de débiteur en vertu d'un jugement, il devait être amené tout de suite devant le magistrat. Mais le but n'était pas le même dans les deux cas. Dans celui du débiteur en vertu de *nexum*, comme il a été expliqué dans une section précédente (p. 204), c'était pour lui donner l'occasion de prouver, par l'attestation des cinq témoins de la *nexi liberatio*, que le prêt avait été remboursé, ou qu'il en avait été, d'une façon ou d'une autre, formellement libéré par le prêteur : s'il n'en profitait point, la procédure, en ce qui le concernait, était terminée : le créancier l'emmenait immédiatement et de sa propre autorité, exerçant sur lui le droit de détention qu'il tirait du contrat (13). Il en était différemment du débiteur en vertu

(12) G., IV 21.

(13) Notre seule autorité est A. Gelle ; et, d'après son exposé, les formalités postérieures à la première comparution du débiteur arrêté devant le magistrat (*in jus ducito*) se restreignent au cas d'un débi-

de jugement. Il était, lui aussi, conduit devant le magistrat; mais le but, que se proposait le créancier, était d'obtenir le droit de l'emmener et de l'enfermer provisoirement dans sa prison domestique (*domum ducere*). Cependant ce parti pouvait être évité, soit 1) par le paiement ou tout autre accomplissement immédiat du jugement (*ni judicatum facit*), ou 2) par l'intervention d'un *vindex* ou champion (14). La position prise par ce dernier n'était pas exactement celle ni d'une caution ni d'un mandataire pour le *judicatus*, demandant un nouvel examen de la cause; il se présentait plutôt comme combattant en son propre nom le droit du créancier de poursuivre plus avant l'exécution, en invoquant l'invalidité du jugement. Cela nécessitait une nouvelle action, entre le créancier et le *vindex*, à laquelle le débiteur n'était point partie. Le *vindex*, qui échouait, était passible du double du montant de la dette originaire (15), à titre de peine, pour avoir entravé mal à propos le cours de la justice; mais, après avoir payé, il pouvait recourir contre le débiteur originaire, qui avait été libéré par son intervention (16). A

teur en vertu de jugement (*judicatus*). Ainsi qu'on l'a remarqué, p. 204, quelques unes d'entre elles n'auraient eu aucune signification au cas d'un débiteur en vertu de *nexum*, arrêté par suite d'*aes confessum*.

(14) *Vindex* = « qui in eo vim dicit », *i. e.*, « in eo vim monstrat » (Schoell, *XII Tab. reliquiæ*, p. 91.) Dans la *lex col. Juliæ Genet væ*, ch. 61 (Bruns, p. 111), l'expression correspondante est « in eo vim facit. » [Krueger, *Gesch. d. cap.dem.* p. 192 *sq*, p. 312; Fietta, *orig. de la théorie classique des actions*, pp. 44, 45 et n. 27.]

(15) Unger (*l. c.*, note 1) estime que le *vindex*, qui échouait dans son action contre le créancier, perdait son *sacramentum*, mais ne s'exposait à rien de plus; que le créancier pouvait alors poursuivre l'exécution contre le débiteur saisi, et que c'était contre ce dernier que le montant de la dette était doublé, pour le punir d'avoir nié *lui-même* (en mettant en avant le *vindex*) la validité du jugement.

(16) Il exerçait probablement son recours par la *manus injectio pro*

défaut de *vindex* et de paiement, le créancier emmenait son débiteur chez lui, et le chargeait, ou, du moins, avait le droit de le charger de fers, dont le poids avait été limité par la loi à quinze livres. Le prisonnier pouvait vivre à ses frais, s'il le voulait, sinon, le créancier devait lui donner chaque jour au moins une livre de farine (épeautre). Cet emprisonnement provisoire devait continuer soixante jours, pour donner l'occasion de s'arranger ; pendant le dernier mois, le créancier devait produire son débiteur sur le *comitium* à trois jours de marché consécutifs, en proclamant à haute voix le montant de la dette, pour laquelle il était détenu, dans l'espoir que quelque citoyen compatissant vînt offrir une rançon. Si le troisième jour de marché se passait sans qu'il y eût paiement ou transaction, il y avait une *addictio* formelle, décret du magistrat adjugeant le débiteur à son créancier (17). Le débiteur, dit A. Gelle, *capite poenas dabat*, ou était vendu au-delà de la frontière comme esclave : et si le jugement, en vertu duquel il avait été emprisonné, avait été obtenu par plusieurs créanciers, ils pouvaient couper son corps en morceaux et se le partager, et sans qu'il y eût préjudice, si l'un d'entre eux en avait plus ou moins que sa juste part.

judicato, pour son propre compte, sur le fondement du paiement fait par lui pour le débiteur, techniquement *depensum* ; en effet, quoique Gaius (IV 24) semble attribuer l'introduction de cette procédure à une *Lex Publilia*, il y a néanmoins lieu de penser que cette loi étendit simplement au *sponsor* ce qui était antérieurement pratiqué par le *vas*, le *praes*, et le *vindex*. Comp. Becker, *Aktionen*, vol. I, p. 41, et voir *supra*, pp. 214, 215.

(17) A. Gelle. (XX 1, § 44) parle de l'autorisation donnée par le magistrat au créancier d'emmener son débiteur chez lui et l'y enfermer, comme constituant l'*addictio*. Mais comme Tite Live mentionne constamment les *judicati* et *addicti* comme des catégories distinctes, l'opinion la meilleure semble être que l'*addictio* était le décret final rendu par le magistrat, quand la détention provisoire du *judicatus* n'avait pas abouti à un arrangement satisfactoire.

Tel était, dit A. Gelle, le droit des XII Tables ; Quintilien, cinquante ans plus tôt, Tertullien, cinquante ans plus tard (18) le disent aussi ; cependant il n'y en a pas la moindre allusion dans Cicéron, ni dans Tite-Live, ou Denys d'Halycarnasse (19), non plus que dans aucun des jurisconsultes. Bien qu'il y ait encore des auteurs très éminents (20), qui « préfèrent », comme Gibbon, « le sens littéral de l'antiquité aux raffinements de la critique moderne », dans ces derniers temps toutefois, la majorité des jurisconsultes, aussi bien que des historiens, paraissent être d'avis qu'A. Gelle a attribué aux expressions des XII Tables une interprétation qu'elles ne durent jamais comporter (20 bis). Il est cependant quelque peu remar-

(18) Quint, *Inst. Or.*, III 6, 84; Tertull., *Apolog.* 4. Leur langage est vague. Aucun ne prétend avoir connaissance des termes de la loi : et tous deux admettent que l'histoire n'avait jamais connu de *sectio corporis*.

(19) Il est mentionné cependant par Dion Cassius, qui écrivait un quart de siècle après Tertullien. Voir les fragments dans Mai. *Coll. script. vet.*, vol. II, p. 144.

(20) L'un d'entre eux est Kohler, qui applique les dispositions des XII Tables au *nexus* aussi bien qu'au *judicatus* et au *confessus* ; voir son *Shakespeare*, etc., p. 8. On ne peut nier qu'à l'aide du droit comparé, dans lequel il est si profondément versé, il ne produise une argumentation solide en faveur de l'interprétation réaliste qu'il leur donne. Les résultats de ses recherches sont résumés en quelques phrases, dans son traité *Das Recht als Culturerscheinung* (Würzbourg, 1885), p. 17, cité *infra*, Appendice, note G.

[20 *bis*. Voici cependant une liste d'auteurs récents qui, tous, se prononcent en faveur de l'interprétation littérale. Hoffmann, *Forcten u. Sanaten*, Vienne, 1866, p. 62, *sq* ; Ihering, *esprit du dr. romain* (trad. Meulenære) t. I, p. 134, n. 52, et « faute en droit privé » (trad. Meul.) p. 14 ; Mackenzie, *Roman Law*, Edimbourg 1876, p. 374 ; Marezoll, *Instit.* (11e éd., Leipzig 1881, p. 383 (§ 153) ; Mispoulet, *Instit. politiques des Romains*, t. II (Paris 1883), p. 487 ; Padel. Cogl. pp. 336, 341 et 342 e ; P. Viollet, *Histoire du droit* (Paris 1886), p. 504 ; Quaritsch, *Instit.* (6e éd. Berlin 1888), p. 450 (§ 435) : Sohm, *Instit.* (3e ed. Leipzig 1888), pp. 28, 187 ; Mommsen, *Droit public romain* (trad. Girard, Paris 1889), p. 49, n. 4, 5 ; G. Carle, *le origini del dir. rom.* (Turin 1888), p. 580 *sq* ;

quable que, tout en s'indignant à la pensée que le corps du débiteur était réellement coupé en morceaux et partagé, bien peu d'entre eux trouvent aucune difficulté à accepter l'idée que le ou les créanciers pouvaient le mettre à mort. Et pourtant c'est là une notion qui ne peut guère soutenir l'examen ; les résultats auxquels elle mène sont trop extravagants. Par exemple : la peine infligée par les XII Tables, au cas de vol manifeste était l'esclavage, — le voleur devenait l'esclave de celui, dont il avait volé les biens (21). Celle du vol non manifeste était une peine pécuniaire, — le double de la valeur de la chose soustraite (22). Mais s'il avait été vrai que tout *judicatus*, qui ne donnait pas dans les trois mois, satisfaction à son créancier, pouvait être mis à mort, le voleur non manifeste, contre lequel on avait obtenu jugement, dut souvent subir en fin de compte un châtiment plus grave que celui qui atteignait l'auteur d'un vol manifeste, — l'esclavage, pour le délit le plus fort, la mort, pour le plus léger (23). Par conséquent, *capite pœnas dabat*, ne peut avoir signifié la mort. Mais il est tout aussi impossible

Garsonnet, *Procédure*, t. III (Paris 1888), p. 461, n. 10. May, *droit romain*, t. II. Pour le droit comparé, consulter Caillemer, *contrat de prêt à Athènes* (Paris 1870), p. 33 ; Dareste, « les anciennes lois de la Norvège », *J. des Savants*, 1881, p. 300 (La loi de Gulating édictait des dispositions très analogues à celle de la loi des XII Tables ; aussi ai-je reproduit le passage de M. Dareste, Appendice, Note G. Add. Voir également Dareste, sur le livre de Kovalevsky « coutume contemporaine et loi primitive », et sur « le droit irlandais », *J. des Sav.* 1887, pp. 282, 476 ; et encore Beauchet, *loi de Westrogothie*, Paris 1889, p. 85. VII, n. 1 — Le droit de vie et de mort sur le débiteur n'est pas plus étonnant que celui du père sur l'enfant.]

(21) A. Gell, XI, 18, § XX. 1, § 7 ; G. III 189.

(22) G. III, 190.

(23) Même celui qui avait été condamné à vingt-cinq *asses* pour voies de fait de peu de gravité, et qui n'arrivait pas à les payer, aurait pu, dans cette opinion, n'avoir d'autre alternative que la mort.

que cela ait pu signifier l'esclavage (24). Il est vraiment pleinement évident que l'*addictus*, même après l'expiration de ses deux mois de détention provisoire, non seulement était encore libre *de jure*, mais n'était pas *capite minutus*, même à l'égard du droit de cité ou des droits de famille, et que tous les biens, qui lui appartenaient, demeuraient encore sa propriété (25). La seule explication qui reste est qu'il « payait la peine (26) avec sa personne » (27), par opposition à « sa fortune » (28). *Caput* est employé par opposition à *bona*. Dans la législation des XII Tables, en dehors du cas où le débiteur était vendu au delà du Tibre et était ainsi devenu esclave de son acheteur étranger, le droit du créancier se bornait à le détenir dans un état de servitude, à user de ses services, comme on le

(24) *Capitis pœna*, peine capitale, désignait la mort, l'esclavage ou la privation du droit de cité. C'est assurément ce qui rend compte de l'idée presque universellement dominante, que par *capite pœnas dabat*, les XII Tables devaient viser l'une ou l'autre d'entre elles.

(25) Il est vrai que Denys d'Hal. (VI. 36) parle d'un créancier emprisonnant non seulement son débiteur, mais aussi les deux fils de ce dernier, et qu'il indique, à une ou deux reprises, que les biens du débiteur étaient également saisis. Mais ces exemples étaient antérieurs à la loi des XII Tables, et d'une époque où le pouvoir des créanciers, exerçant leur droit de justice privée, n'était pas encore devenu l'objet de règlementation légale. Le *servitium* auquel était soumis l'*addictus*, était essentiellement une peine. Mais c'était un principe de la loi Romaine que la peine ne frappait que l'auteur du délit. La femme et les enfants n'étaient point exilés, bannis ou réduits en esclavage avec le coupable et à cause de son crime ; et il n'y a aucune raison de penser qu'ils aient été traités différemment quand le châtiment consistait dans une servitude, sans la perte de la liberté ou de la cité.

(26) Plus exactement, « fournissait la réparation » (Curtius, *Gr. Etym.*, N° 373).

(27) C'est une signification très courante de *caput*, comme dans la vieille définition de la *tutela*, *Inst.*, I. 13, 1, — « Vis ac potestas in capiteli bero », etc.

(28) « Fama et corpore judicati atque addicti creditoribus satisfaciebant, pœnaque in vicem fidei cesserat » (Liv., VI, 34, § 2).

pouvait, et à exercer l'autorité sur lui, comme s'il avait été esclave. N'eût été la notion erronée que le créancier avait le droit, après l'expiration des trois mois, de mettre son débiteur à mort, — ce dont on ne rapporte pas un seul exemple, — il n'est pas probable qu'autant d'auteurs auraient songé à attribuer au *partis secanto* une signification aussi inhumaine que le pouvoir, pour plusieurs créanciers, de couper en morceaux le corps de leur *addictus*, et d'en prendre chacun sa part.

Ceux qui pensent que *capite pœnas dabat* signifiait la mort, ne peuvent guère éviter cette interprétation du *partis secanto* : ils se consolent, comme A. Gelle, dans la conviction que jamais on ne se proposa de le mettre à exécution. D'autre part, ceux qui pensent que la première de ces phrases désignait l'esclavage, présument que la deuxième signifiait la copropriété de l'esclave ou la distribution du prix acquis à sa place ; d'autres encore, qui sont d'avis que l'*addictio* impliquait le passage de la *familia* du débiteur à son créancier, estiment que cette conséquence rentrait aussi dans la *sectio*. Il n'y a aucune objection à l'emploi du mot *secare* au sens de « distribuer » ; en effet, celui qui avait acheté en bloc un patrimoine confisqué, et qui le revendait ensuite par lots, était appelé *bonorum sector ;* et Cicéron et Varron parlent tous deux de *sectio personæ* sans vouloir rien dire de plus que la dispersion du patrimoine (29). Mais l'application pure et simple de la locution au cas de la détention du débiteur, comme esclave libre (*free bondman*) ne semble

(29) Cic., *Philipp.*, II, 26, § 65, XIII, 14, § 30 ; Varron, *De R. R.*, 10, 4, (Bruns, p. 311) De la même façon le « prædes vendere jus potestasque esto » de la *Lex Malacitana (temp. Domitiani*, § 64, Bruns, p. 139) peut avoir signifié simplement la vente des biens des cautions, qui n'avaient point payé.

pas convenir entièrement, et elle rend le « si plus minusve secuerunt se fraude esto » plus difficile que jamais à expliquer (30). La difficulté disparaît immédiatement, si on apporte une légère modification aux dispositions qu'A. Gelle nous fait connaître, et qu'on admette la conjecture que la pluralité de créanciers, dont il parle, pouvait ne viser que le cas de cohéritiers exerçant des poursuites contre un débiteur de leur auteur (31). La modification est tout à fait légitime, — et, en vérité, une modification quelconque s'impose, si l'on veut reconstruire les expressions des XII Tables (32). En considérant la question dans son ensemble, l'explication, qui me paraît le mieux se recommander, est celle-ci : — lorsqu'il n'y avait qu'un seul créancier, et que les deux mois de détention provisoire s'étaient écoulés, sans qu'il y ait eu paiement, intervention d'un *vindex*, ou arrangement d'aucune sorte, le débiteur devenait définitivement l'esclave libre (*free*

(30) L'un des premiers à condamner l'interprétation d'A. Gelle du *partis secanto* fut Dr Taylor dans son *Commentarius ad L. decemviralem de inope debitore in partis dissecando* (Cambridge, 1742). Lui-même l'entend ainsi (p. 15) : « Qui uni debet, uni addictus serviat ; qui pluribus, ejus addicti partis, *i. e.*, operas, servitia, ministeria communes illi fœneratores communiter dividunto : communis sit servus eorum qui quidem adfuerint ; et sine fraude esto, si ceteri toties procitati suas quoque partis in debitore non vindicaverint.

(31) La conjecture est de Voigt (*XII Tafeln*, vol. II, p. 361). Il pose en principe qu'une fois le débiteur *domum ductus*, il était impossible à un autre créancier d'exercer la *manus injectio*. Des cohéritiers étaient dans une situation différente. En effet, la loi des XII Tables ne les autorisait à poursuivre un débiteur héréditaire, chacun que pour la part de dette correspondant à sa part d'héritage. Mais Voigt pense, — à tort, selon moi, — que ce qu'ils se partageaient, c'était le débiteur lui-même, les membres de sa famille et ses biens.

(32) A. Gelle cite la loi comme étant ainsi conçue « Tertiis nundinis partis secanto » ; au lieu qu'immédiatement après « Tertiis nundinis » devait venir la décision sur le sort du débiteur, quand il n'y avait qu'un seul créancier saisissant. C'est ce qu'il explique *narrative*.

bondman de son créancier en vertu de l'*addictio* du magistrat (33) ; mais quand il s'agissait de cohéritiers, comme la servitude commune et les services rendus à tous eussent été choses gênantes, sinon impossibles, lorsque ces cohéritiers ne continuaient pas à posséder l'héritage en commun, le débiteur était transporté au delà du Tibre, vendu comme esclave, et le prix, qu'on retirait de lui, se partageait entre eux. Si l'un ou l'autre obtenait plus que sa juste part, on ne considérait pas qu'il y eût préjudice ; car l'inégalité pouvait être redressée à l'aide d'une action en partage (*actio familiæ erciscundæ* (34).

Les abus auxquels la *manus injectio* donna lieu, particulièrement au cas de débiteurs en vertu de *nexum*, ont déjà été mentionnés (§§ 20, 31). Les *nexi* étaient probablement bien plus nombreux que les *judicati* (ou plus proprement *addicti*) : et comme ils étaient, pour la plupart, les victimes innocentes du malheur, ce furent les souffrances qu'ils endurèrent de la part des créanciers impitoyables, qui excitèrent si souvent les sympathies et l'in-

(33) C'est un point livré à la conjecture que de savoir quels étaient les termes véritables de la loi. Quintilien (*Inst. Or.*, VII, 3, 26), dit : « Addictus, quem lex servire, donec solverit, jubet » ; et *Decl.*, 311 : « Quid enim lex dicit ? addictus, donec solverit, serviat. » Voigt (*Exécution*, p. 88) suppose que Quintilien faisait allusion à la loi Pœtilia. Ne serait-ce point aux XII Tables ?

(34) Les reconstructions sont toujours hasardeuses ; et récemment Krueger et Ihering ont pris la plume, pour adresser là-dessus de sympathiques avertissements. Cependant, en se basant sur ce qui a expliqué plus haut, la disposition des XII Tables peut avoir été quelque chose de semblable à ceci : « Tertiis nundinis addicitor. Capite pœnas dato. Si plures sunt, trans Tiberim peregre venum danto ; partis secanto. Si plus minusve secuerunt, se fraude esto. » — « Le troisième jour de marché, il y aura un décret d'*addictio*. L'*addictus* paiera alors la peine avec sa personne. S'il y a plusieurs créanciers, à qui il ait été adjugé, qu'ils le vendent au-delà du Tibre et se partagent le prix. Si l'un d'entre eux a touché plus ou moins que sa juste part, cela ne leur portera point préjudice. »

dignation du peuple, et menèrent plus d'une fois la république à deux doigts de sa dissolution. Mais les débiteurs en vertu de jugement avaient souffert en même temps qu'eux : et certaines des dispositions de la loi Pœtilia (p. 209) avaient pour objet de les protéger contre la sévérité inutile et injustifiable, qui avait caractérisé le traitement que leur infligeaient les créanciers, qui les avaient emprisonnés. La *manus injectio* elle-même ne fut pas abolie, non plus que l'intervention possible du *vindex* ; ni, non plus, la *domum ductio*, qui en était la suite, l'emprisonnement provisoire, avec les chaînes légères autorisées par les XII Tables, pendant sa durée ; ni l'*addictio* formelle du débiteur à son créancier, quand les soixante jours avaient expiré sans qu'il y ait eu d'arrangement (35). Mais après l'*addictio*, si elle n'avait eu lieu que pour une dette civile, il ne devait plus y avoir de cachot, de coups, de chaînes ni de fers aux pieds : le créancier devait considérer son débiteur et le travail qu'il pouvait tirer de lui comme une source de profits qui, avec le temps, diminueraient et peut être éteindraient la dette, plutôt que comme un objet sur lequel il pouvait exercer toute sorte de cruauté, en guise de châtiment. Quoique l'édit de P. Rutilius, de 647 U. C. fournît le créancier des moyens de s'attaquer au patrimoine de son débiteur, néanmoins il conservait toujours l'alternative de l'emprisonner. Ce parti, ainsi qu'on l'a déjà montré, (pp. 122, 208) pouvait être évité, en vertu de la loi Julia sur la *cessio*, par l'abandon complet que le débiteur faisait de ses biens à son créancier ; mais, à défaut de cet abandon, on continua à avoir recours à l'empri-

(35) Les preuves abondent dans Plaute, Térence, Cicéron, Sénèque, Quintilien et A. Gelle ; comme aussi dans la *Lex. col. Juliæ Genetivæ*, de 710 U. C., ch. 61 (Bruns, p. 111). Cette dernière loi contient la disposition — « jure civili vinctum habeto ».

sonnement, même dans le droit de Justinien (36). Dans les derniers temps, cependant, ce n'était pas par la *manus injectio* que l'emprisonnement s'effectuait, car elle tomba en désuétude lors de l'établissement définitif du système de procédure formulaire (37).

C'était comme voie d'exécution dirigée contre les débiteurs à la suite de *nexum* ou de jugement que la *manus injectio* était le plus importante, et qu'elle marqua surtout son empreinte dans l'histoire. Mais il y avait d'autres cas, dans lesquels on y avait recours, en vertu de lois spéciales, là où il paraissait convenable de donner un moyen plus rigoureux et plus sommaire que celui de l'action ordinaire. Dans certains de ces cas, elle était désignée sous le nom de *manus injectio pro judicato* (*i. e.*, comme à la suite de jugement); dans d'autres, elle était appelée simple *manus injectio* (*manus injectio pura*). Dans les premiers cas, il n'était point permis au débiteur arrêté de contester en personne la dette prétendue; il ne pouvait le faire que par l'intermédiaire d'un *vindex*; et s'il ne se trouvait personne pour intervenir en sa faveur à ce titre, le créancier saisissant l'emmenait et le traitait comme s'il avait obtenu jugement contre lui. Celui qui, devenu caution par le procédé de la *sponsio*, avait été requis de payer pour le débiteur, était autorisé par une loi Publilia, dont la date est incertaine, à agir de cette façon contre le débiteur principal, s'il ne lui remboursait pas, dans les six mois, ce qu'il avait payé (*depensum*) pour lui; et il n'y avait là, sans doute, qu'une extension

(36) Voir § 31, note 28.

(37) Gaïus (IV. 30) attribue l'établissement du système formulaire (§ 71) à la loi Aebutia, au commencement du sixième siècle, et aux lois Juliæ Judiciariæ, de l'époque d'Auguste; mais il est évident (note 35) que ce ne put être qu'après l'année 710 U. C. que la *manus injectio* disparut.

au *sponsor* d'un moyen accordé précédemment au *vas*, au *praes* et au *vindex* (pp. 214, 215). Gaius constate que la loi sanctionnait la même procédure dans divers autres cas : et il y a lieu de penser qu'elle était employée par le légataire, contre l'héritier qui tardait à payer un legs laissé dans les termes « heres dare damnas esto » (38). Dans la *manus injectio* simple, le débiteur saisi n'était pas tenu de trouver un *vindex* ; il pouvait lui-même contester la vérité de la réclamation portée contre lui, sous peine, néanmoins, de voir sa responsabilité doublée, s'il échouait dans sa défense : par exemple, au cas de poursuites dirigées contre un usurier (en vertu de la loi Marcia), pour le forcer à restituer les intérêts touchés par lui au delà du taux légal, ou contre un légataire (en vertu de la loi Furia), pour le contraindre à rembourser ce qu'il avait reçu à titre de legs en excédant de ce qui était permis par la loi. Une certaine loi Vallia, probablement de la deuxième moitié du sixième siècle de la Ville, substitua cette *manus injectio pura* à la *manus injectio pro judicato* dans tous les cas où l'arrestation n'était fondée ni sur un jugement ni sur un *depensum* (39).

SECTION 37. — LA LEGIS ACTIO PER PIGNORIS CAPIONEM (1).

Dans les rites de l'*actio sacramenti*, comme on les a décrits dans une section précédente (§ 34), la *vis civilis*

(38) G., II. 201, comparé avec III. 175 et IV. 21.

(39) Sur la *manus injectio pro judicato* et *pura*, voir G., IV. 22-25, et note 16 ci-dessus. La *manus injectio* en vertu d'une dette de *nexum* avait été abolie longtemps avant la loi Vallia [Sur cette loi Vallia (ou Valeria ?) voir la conjecture de H. Krueger, *Gesch. d. cap. dem.*, p. 335, n. 59.]

(1) A la bibliographie de la § 33, note 1, on peut ajouter Degenkolb, *Die lex Hieronica* (Berlin, 1861), p. 95 *sq*; Jhering, *Geist*, vol. I § 11 c. ; Voigt, *XII Tafeln*, vol. I p. 502 *sq*. [Pad. Cogl. p. 303 c, p. 342 c.]

et festucaria était une réminiscence de la *vera solida vis*, avec laquelle on tranchait les contestations de propriété aux temps de la première enfance de la république. La *manus injectio* était un vestige de l'époque où la victime du dommage était considérée comme autorisée à mettre la main sur le coupable, et à lui infliger elle-même un châtiment ; la coutume et la législation intervinrent simplement pour réglementer les conditions et le mode d'exercice de ce qui, au fond, restait toujours la justice privée. Dans la *pignoris capio*, l'idée de justice privée était également dominante. La *pignoris capio* peut être très suffisamment définie d'un seul mot « saisie » distress — le fait de saisir des biens appartenant à autrui, comme satisfaction ou garantie d'une dette à la charge de ce dernier, et qu'il n'avait point acquittée. La saisie ne procédait point d'un jugement, et elle n'exigeait pas d'autorisation du magistrat ; on pouvait y avoir recours, même en l'absence du débiteur ; mais elle devait être accompagnée de certaines paroles solennelles, prononcées sans doute en présence de témoins (2).

Le procédé n'était pourtant pas accessible aux créanciers en général, mais était limité à un petit nombre de cas. Gaïus nous dit qu'en vertu de la coutume le soldat pouvait opérer une saisie sur son payeur, pour sa paye (3), et le cavalier pour la somme qui lui était allouée pour l'achat du cheval ou de son fourrage (4). Les XII Tables autorisaient la saisie au profit du vendeur d'un animal destiné à un sacrifice contre l'acheteur, qui n'en avait pas

(2) G., IV, 29.

(3) Ce ne fut qu'en l'année 348 U. C. que les soldats furent payés par le trésor public (Liv., IV, 59).

(4) G., IV, 27.

payé le prix : également au profit d'un agriculteur contre son voisin, pour le salaire d'un bœuf de labour donné en location, dans le but de se procurer par là de l'argent pour une offrande périodique à Jupiter Dapalis (5). Les fermiers des revenus publics (*publicani*) étaient aussi autorisés par les contrats passés par eux avec les censeurs, à user du même moyen envers les contribuables, pour l'arriéré de leurs contributions ou taxes (*vectigalia*) (6). Cela épuisait-il la liste des cas où ce moyen était accordé ? Il est naturellement impossible de le dire (7).

Il est tout aussi difficile de déterminer quel était l'effet de la saisie ? Une observation de Gaïus (8), en par-

(5) G., 28 ; Caton, *De R. R.*, §§ 50, 131, 132 ; Paul. Diac., v. *Daps* (Müll. p. 68).

(6) G., IV. 28.

(7) Bethmann-Hollweg (*Rœm. C. P.*, vol. I. p. 204, note 13) et Karlowa (*Rœm. C. P.* p. 216) sont d'avis qu'on y avait recours dans le cas de *damnum infectum*, *i. e*, que lorsqu'on avait lieu de craindre un dommage pouvant provenir (par exemple) de l'état délabré d'une maison voisine, on pouvait, au besoin, de sa propre autorité, se mettre en possession du bâtiment et y faire les réparations nécessaires. Cette opinion est combattue par Becker (*Aktionen*, vol. I. p. 45) et par Burckhard (*Die cautio damni infecti*, Glück-Burckhard. vol. II. p. 73 *sq*) ; mais elle trouve quelque appui dans les expressions de Gaius (IV. 31), qui, après avoir dit qu'il était encore possible de procéder par *legis actio*, dans l'hypothèse de *damnum infectum*, ajoute que personne ne se souciait plus d'user de ce moyen, « sed potius stipulatione, quæ in edicto proposita est, obligat adversarium suum ; itaque et commodius jus et plenius est (quam) per pignoris (capionem). » (Le mot « quam » n'est pas dans le M. S. ; « pignoris » est le dernier mot de la page, et tout ce qui suit est illisible. La plupart des éditeurs regardent « est » comme le dernier mot de la phrase, et font de « per pignoris capionem » le commencement d'un nouveau paragraphe. Mais comme la matière de la *pignoris capio* a l'air d'être épuisée dans les §§ 26-29, et que l'on doit naturellement s'attendre à l'indication de la procédure particulière, qui était surpassée par le moyen plus commode et plus large de la stipulation prétorienne, il paraît plus raisonnable de supposer que le copiste a accidentellement omis la lettre « q » — contraction ordinaire de « quam » et que le passage doit être lu tel qu'il est imprimé ci-dessus).

(8) G., IV. 32.

lant de l'action qui, dans le système de la procédure formulaire, était accordée au percepteur d'impôts, à la place de la *legis actio per pignoris capionem*, favorise la conjecture que le débiteur avait le droit, dans un délai limité, de racheter son bien des mains du saisissant ; quelques-uns supposent que le délai était de deux mois, le terme du rachat du *pignus in causa judicati captum* de l'époque postérieure (9). Si la dette était reconnue, on peut concevoir que le débiteur pouvait, ou bien abandonner à son créancier la chose saisie, si sa valeur ne dépassait pas sensiblement le montant de la dette, ou en réclamer le rachat, en payant ce qu'il devait, peut-être en y ajoutant quelque chose à titre d'amende. En même temps, il est évident que la prolongation de ce pouvoir de rachat, même pendant deux mois, pouvait, en certains cas, déjouer le but de la saisie : par exemple, le fermier, qui devait faire son offrande à Jupiter Dapalis, ne pouvait pas la remettre, et le retard à convertir en argent son *pignus*, doit souvent avoir été extrêmement gênant pour un soldat. Il n'y a donc rien d'improbable à ce que, même dans l'espèce d'une dette indiscutée, la faculté de rachat fût plus circonscrite dans certains cas que dans d'autres. Mais qu'arrivait-il si l'existence de la dette était niée en tout ou en partie ? On ne peut douter qu'en pareil cas la légitimité de la saisie ne pût être mise en question dans une instance judiciaire : autrement la *pignoris capio* aurait pu servir de manteau pour recouvrir le vol. C'est néanmoins un point très obscur pour nous que la procédure suivie en ce cas. Ihering, se fondant sur certaines expressions de Cicéron (10), conjecture que le saisissant ne pouvait vendre ni s'approprier définitivement le *pignus*

(9) *Dig.*, XLII, 1, fr. 31.
(10) Cic., *In Verr. II.*, III, 11, § 27.

sans l'autorisation du magistrat, que la dette fût, ou non discutée, — qu'il était, dans tous les cas, tenu d'intenter des poursuites en validité de sa saisie, et d'y prendre la position de demandeur. L'idée est ingénieuse et jette sur la *pignoris capio* un jour nouveau et intéressant. Elle fait d'elle, comme du *sacramentum* et (en bien des cas) de la *manus injectio*, un moyen sommaire de soulever une question de droit, pour le règlement judiciaire de laquelle aucune autre voie de droit n'était ouverte; avec cet avantage en plus, — d'assurer une satisfaction immédiate à celui qui l'avait intentée, dans l'éventualité d'une décision de la question en sa faveur. Si elle était tranchée contre lui, le résultat inévitable, au moins en substance, doit avoir été un jugement prononçant qu'il n'avait point de droit à retenir le gage, et sans doute une amende, dont il était en outre tenu (envers le propriétaire), égale à la valeur de la chose, comme peine de sa précipitation (11).

Section 38. Procédure judiciaire ou quasi-judiciaire en dehors des Legis Actiones.

Quelle qu'ait pu être l'étendue du terrain d'application des actions de la loi, il est bien évident qu'elles n'ex-

(11) Cela était en harmonie avec l'esprit du système primitif, qui s'attachait à réprimer les procès téméraires ou malhonnêtes, par des peines; *e. g.*, confiscation de la *summa sacramenti* et condamnation au double de la valeur et des profits de la chose, à défaut de restitution, dans la procédure du *sacramentum*; condamnation au double de la valeur du litige, au cas de jugement prononcé contre le défendeur à une action née d'un engagement incorporé dans une *lex mancipii* ou *lex nexi*; condamnation au double contre le *vindex*, qui intervenait sans succès dans une *manus injectio* dirigée contre un débiteur en vertu de jugement; condamnation au double contre l'héritier qui refusait de payer, sans en être contraint par justice, un legs fait *per damnationem* (G., II. 282); l'addition du tiers en plus, à titre de peine, à la charge du débiteur reconnu obligé par l'*actio certæ creditæ pecuniæ* (G., IV. 171), etc.

cluaient pas entièrement d'autres moyens judiciaires ou quasi-judiciaires. On invoquait à tout instant l'intervention du magistrat suprême, dans des questions portées à sa connaissance sous forme de supplique ou de plainte, et dans lesquelles on demandait son aide, non pas tant pour protéger un droit de propriété ou de créance, dont on était investi, que pour maintenir l'ordre public, ou empêcher la survenance ou la continuation d'un état de choses qui pourrait porter préjudice aux intérêts d'une famille ou d'un individu. La partie, dont la conduite donnait lieu à une plainte, n'était pas amenée en justice (*in jure vocatus*) mais d'ordinaire citée par le magistrat, si la plainte lui semblait pertinente. L'instance n'était pas une action, avec ses deux phases *in jure* et *in judicio*, mais une enquête (*cognitio*), conduite, du commencement à la fin, par le magistrat lui-même ; et son verdict, à moins que ce ne fût le rejet de la plainte ou requête, était exprimé en un ordre (*decretum, interdictum*) qu'il lui restait à mettre à exécution par tels moyens qu'il jugeait à propos, — *manu militari*, ou par l'amende ou l'emprisonnement.

Certains jurisconsultes sont disposés à donner une place très large à cette intervention du magistrat. L'une de ses manifestations les plus importantes avait trait aux contestations sur l'occupation des terres du domaine public. Ces terres n'étaient point la propriété de leurs occupants (p. 115) ; en sorte qu'il ne pouvait être question d'une action fondée sur la propriété. Mais comme cette occupation était non seulement reconnue, mais sanctionnée par l'état, il était juste et vraiment nécessaire, dans l'intérêt de l'ordre public, qu'elle fût protégée contre le trouble. C'est dans les mesures, auxquelles on avait recours pour la protéger, que Niebuhr reconnaît l'origine du fameux interdit possessoire *uti possidetis* ; et, bien que les opi-

nions diffèrent sur le point de savoir si ce fut le désir de protéger le droit le meilleur, ou celui d'empêcher une atteinte à l'ordre qui exerça, dans le principe, son influence sur l'intervention du magistrat, il y a néanmoins un accord assez général pour admettre cette opinion. Il peut bien se faire qu'à l'origine la procédure ait été plus simple que celle qui est décrite par Gaius (1) : mais on ne peut guère douter qu'elle ne commençât par une prohibition de troubler le *status quo*, et ne fût suivie, s'il était nécessaire, d'une enquête et d'une déclaration sur le point de savoir laquelle des deux parties était réellement en possession, laquelle, par conséquent, en persistant dans ses prétentions, contrevenait à l'interdit. On trouve un autre exemple de cette intervention du magistrat, dans l'interdiction du prodigue (p. 161), — décret, qui privait de son pouvoir d'administrer celui qui dissipait son patrimoine familial, et réduisait ses enfants à la misère (2) ; un troisième se rencontre dans la destitution du tuteur, pour cause de négligence ou mauvaise administration, portée à la connaissance du magistrat par un tiers quelconque, au moyen de ce qu'on appelait *postulatio suspecti tutoris* (p. 160) ; et un quatrième, dans l'envoi d'un créancier en possession des biens de son débiteur insolvable, envoi qui doit avoir été assez commun, même avant les réglementations générales de faillite de l'édit Rutilien (p. 208). On ne doit voir là que de simples exemples de cette intervention du

(1) G., IV §§ 160, 166-170 ; *infra*, § 73, 1.

(2) Ulpien. (au *Dig.*, XXVII. 10, fr. 1, pr.) dit que cette interdiction fut autorisée par les XII Tables ; Paul (*Sent.*, III. 4 a, § 7) l'attribue à la coutume. Ils ont sans doute raison tous deux. Il n'y avait qu'une pratique coutumière avant les XII Tables ; celles-ci la confirmèrent, avec ce trait nouveau (Ulp., *Frag.*, XII. 2), que le prodigue interdit devait être placé sous la garde de ses agnats. [Le texte d'Ulpien au *Dig.*, XXVII 10, fr. 1, favorise entièrement cette conciliation.]

magistrat, qui se manifestait dans des sens très divers ; et, en vérité, il ne semble pas que ce soit aller trop loin que de supposer, bien que la classification visée appartienne à une époque ultérieure, que les interdits usités dès lors ne se bornaient pas aux interdits prohibitoires, mais en renfermaient plusieurs qui étaient ou exhibitoires ou restitutoires, — c'est-à-dire, dans lesquels la partie dont on se plaignait recevait l'ordre d'exhiber ou de restituer une chose dans laquelle le plaignant avait un intérêt (3). Il est aisé de voir combien nombreuses étaient les hypothèses, où cette procédure pouvait être utilisée, pour remédier aux torts subis par des personnes qui, par défaut de titre légal complet, manque d'autorité légale, ou autrement, n'étaient pas en état de se prévaloir des « actions de la loi » ordinaires.

Dans l'une des lois Valerio-Horatiae, qui suivirent la deuxième sécession des plébéiens, il était fait mention de dix juges (*judices decemviri*), dont la personne était déclarée aussi inviolable que celle des tribuns du peuple et des édiles plébéiens. Il a déjà été expliqué (pp. 99, 108) que c'était un collège de juges élus pour exercer leurs fonctions, à la suite d'un renvoi d'un tribun ou d'un édile, agissant comme *jus dicens*, dans des questions qui s'élevaient entre les membres du corps plébéien (4). Nous ne possédons point de détails sur l'institution de cette juridiction plébéienne, les questions qui rentraient dans sa compétence, les formes de procédure employées, le droit qu'elle

(3) G., IV §§ 140, 142.

(4) Voir Schwegler, *Röm. Gesch.*, vol. II, p. 270 ; Hartmann, *Der Ordo jud. privatorum*, (Gottingue, 1859, p. 87 *sq* ; Huschke, *Das alte Röm. Jahr*, p. 301, note 206 ; Voigt, *XII Tafeln*, vol. I p. 634 *sq* ; [Padel, Cogl p. 305 h].

appliquait, et les effets de ses jugements. Les tribuns n'étaient pas plus investis de l'*imperium* relatif à la *jurisdictio* que de l'*imperium* militaire, et n'étaient évidemment point des magistrats ayant qualité pour présider à la marche d'une *legis actio* et la diriger. On peut concevoir qu'avant la promulgation des XII Tables, mais après la reconnaissance constitutionnelle de la *plebs* comme quasi corporation, avec ses fonctionnaires propres et son conseil propre, les plébéiens, en présence de l'incertitude de la loi et de la chétive justice qu'ils obtenaient des magistrats et juges patriciens, durent juger à propos d'investir leurs présidents de pouvoirs judiciaires, et d'élire quelques-uns d'entre eux mêmes, pour remplir, sous l'autorité de ces présidents, les fonctions de juges. De cette façon, ils atténuaient, dans une certaine mesure, l'un de leurs griefs ; car les tribuns n'étaient enchaînés par aucune règle stricte, pour formuler la question en litige, et les juges, — qui sans doute siégeaient isolément, et non collectivement, — décidaient avec une semblable liberté, sans être entravés par la pratique établie par la loi. Mais, après la promulgation des XII Tables, qui établissaient un droit écrit applicable à tous les citoyens à la fois, la raison du maintien de ce tribunal plébéien est loin d'être évidente. Ses membres continuèrent-ils à agir en vertu d'un renvoi émané d'un tribun ou d'un édile ? Ou continuèrent-ils à être élus annuellement, comme corps indépendant des tribuns et des édiles, et au sein duquel le magistrat suprême (consul ou préteur) était tenu de choisir le *judex*, quand les deux parties étaient plébéiennes et formulaient une demande à cet effet ? Quelle que soit l'opinion qui mérite la préférence, il est permis de conclure de l'absence, dans l'histoire, de toute allusion ultérieure à cette institution, qu'elle ne survécut pas long-

temps : l'établissement de l'égalité entre les deux ordres dans les questions sociales et politiques lui ôta sa *raison d'être* (5).

Il faut encore mentionner comme exerçant tous en quelque sorte des fonctions judiciaires ou quasi judiciaires, les pontifes, les consuls et, plus tard, les censeurs, en leur qualité de *magistri morum*, les chefs des *gentes*, dans l'intérieur des corporations gentiliciennes, et les chefs de famille dans leurs maisons. Il est possible que la promulgation des XII Tables amena en fait une réduction importante de la juridiction des pontifes (6) ; néanmoins elle ne disparut certainement pas : témoin le fameux cas, dans lequel Cicéron prononça devant eux le discours dont il était si fier *pro domo sua*. A l'époque royale, où diverses lois entraînaient, au cas de contravention, la *consecratio capitis*, et où la procédure du *sacramentum* était en la main des pontifes, les devoirs judiciaires de ces derniers devaient être assez lourds. Mais même après que la justice eut passé aux mains des juges séculiers, et que le *sacer esto* eut presque disparu des sanctions édictées par les lois pénales, il y avait encore nombre de matières, pour lesquelles on ne pouvait se dispenser de recourir à

(5) Hartmann (*Ordo*, p. 109) attribue la décadence de ce tribunal plébeien à la circonstance que la *Lex Horatia* de 468 rendit les *nundinæ* jours judiciaires légaux (*dies fasti*), et permit ainsi aux gens de la campagne, se rendant au marché à la ville, de poursuivre leurs litiges devant le préteur. Ainsi qu'on l'a observé dans une section précédente (p. 99) il n'y a point de motif suffisant pour identifier les *judices decemviri plébéiens* avec les *decemviri litibus judicandis* qui, au dire de Pomponius (*Dig.*, I. 2 ; fr. 2, § 29) furent placés comme présidents du tribunal centumviral, dès le début du sixième siècle de la ville.

(6) Comp. Hüllmann, *Jus pontificium der Römer* (Bonn, 1837) ; Cauvet, *Le droit pontifical chez les anciens Romains* (Caen, 1869) ; Bouché-Leclercq, *Les Pontifes de l'ancienne Rome* (Paris, 1871) ; Marquardt, *Röm. Staatsverwalt.*, vol. III. p. 290 *sq.*

leurs fonctions judiciaires. C'était le *pontifex maximus* qui, seul, exerçait la juridiction et la discipline sur les vestales et les flamines. Il se peut qu'avec la déclaration positive des XII Tables, *uti legassit... ita jus esto*, on ne s'adressa plus à lui et à ses collègues pour décider si les intentions testamentaires d'un citoyen étaient, ou non, de nature à pouvoir être sanctionnées par la religion et la loi, et en faire rapport aux comices : mais leur assistance continua à être indispensable dans l'adrogation : — la cérémonie ne pouvait avoir lieu avant qu'ils eussent examiné les circonstances (*cognitio*), traduit leur déclaration en un jugement (*decretum*) et détaché l'*adrogatus* du culte de la famille paternelle (*alienatio sacrorum*). C'étaient les pontifes qui déterminaient quels étaient les empêchements au mariage, qui étaient juges des contraventions à l'*annus luctus*, qui, non-seulement accomplissaient la cérémonie de la *diffareatio*, mais étaient juges de sa légalité. Eux seuls pouvaient décider si des fonds de terre, des bâtiments ou des meubles étaient exclus du commerce, à cause de leur qualité de chose sacrée ou religieuse. On a soutenu qu'étant chargés de la connaissance des parjures et mépris de serment, leur juridiction s'exerçait en réalité sur les questions de violations de contrat ou d'engagement. Il est extrêmement probable qu'à une certaine époque il était de leur ressort d'infliger une peine, au cas de violation d'un serment renfermant une promesse ; mais, dès les premiers temps de la république, l'action des consuls et des censeurs, gardiens des mœurs publiques (7) les incapacités sociales et politiques, les peines pécuniaires, dont ils frappaient les coupables de parjure ou de perfidie grave, firent plus qu'aucune intervention des pontifes pour

(7) Voir Jarcke, *Darstellung des censorischen Strafrechts d. Ræmer*, (Bonn, 1824); Karlowa, *Ræm. R. G.*, p. 236 *sq.*

entretenir la fidélité aux engagements. C'est par le même moyen que l'on contrôlait et maintenait dans de justes limites l'exercice de divers droits. dont l'abus ne pouvait donner lieu à une action. — le pouvoir du mari sur sa femme. du père sur ses enfants. Ce n'était pas, en vérité. pour de légers motifs. que la majesté du *paterfamilias* pouvait être mise en question ; mais seulement quand il oubliait que. dans les cas graves où il exerçait son autorité, dans l'intérieur de la famille. il était tenu de procéder judiciairement. Car. lui aussi était un juge. — *judex domesticus*. comme on l'appelle quelquefois (8). obligé cependant. dans tous les cas graves. de demander l'avis de ses parents réunis en conseil de famille (9). C'est sur lui que reposait le devoir de contrôler sa famille : s'il y manquait, il s'exposait lui-même à la note du censeur. Il est extrêmement probable aussi que sa *gens*. s'il était patricien, avait une certaine surveillance. et le pouvoir de le sommer de rendre compte. Toute corporation avait plus ou moins ce droit sur ses membres : mais ni les historiens. ni les jurisconsultes ne nous donnent là-dessus d'information précise (10).

Entre les citoyens et les étrangers avec lesquels Rome avait un traité d'alliance conférant le droit réciproque d'action *(actio)*. la procédure prenait la forme connue

(8) Voir § 9, note 23.

(9) En 447 U. C. les censeurs écartèrent du Sénat L. Annius, parce qu'il avait répudié sa femme, sans soumettre la question au *consilium* (Val. Max., II 9, 2). L'histoire ne rapporte point d'exemple d'intervention des censeurs pour cause d'abus de la *patria potestas ;* mais on ne peut guère douter qu'ils ne prissent autant de soin des intérêts des enfants que de ceux de la femme.

(10) Tite Live (VI. 20, §§ 13, 14) parle d'une *nota gentilicia ;* mais, en fait, il se réfère à un décret de la *gens* Manlia, défendant à ses membres de porter dorénavant le prénom de Marcus. Voir Voigt, *XII Tafeln*, vol. II, § 170.

sous le nom de *recuperatio* (11). Un étranger ne pouvait être partie à une *legis actio*, et un citoyen romain ne pouvait réclamer, sur territoire étranger, le bénéfice des lois et de la procédure civile qui y régnaient. Cependant, là où le *commercium* (p. 142) avait été établi entre eux, des sujets de contestation devaient, à l'occasion, s'élever à propos de leur commerce et des autres transactions, ce qui demandait l'intervention d'un tribunal pour les régler. Par suite, on stipulait d'ordinaire, dans le traité concédant le *commercium* réciproque, que la *recuperatio* l'accompagnerait. C'était une procédure internationale, modelée, dans une certaine mesure, sur la *clarigatio* (11 *bis*) des féciaux et en tirant certains de ses termes techniques. Dans le traité conclu par Cassius, en 262 U. C.

(11) Voir supra, § 25, et Festus, v. *Reciperatio* (Bruns, p. 286). Comp. Ph. E. Huschke, De recuperatoribus, dans les *Analecta litteraria* de I. H. Huschke (Leipzig, 1826) pp. 208-53. Collman. *de Romanor. jud. recuperatorio*, Berlin, 1835: Carl Sell, *Die recuperatio der Rœmer*, Brunswick, 1837; Huschke (compte rendu de Sell). *Krit. Jahrb.* de Richter, vol. I (1837) pp. 868-911; Voigt, *Jus nat.*, etc. vol. II. §§ 28-32: Karlowa, *Rœm. C. P.*, pp. 218-230 [Mispoulet, *institutions politiques des Romains*, t. II (Paris, 1883) p. 13, p. 476 *sq*; Pad. Cogl., pp. 75 i, 79 p, 305 g; G. Carle, *le origini del dir. rom.* p. 571 *sq*. On trouvera une comparaison entre les récupérateurs et les féciaux dans Weiss, *le droit fétial et les fétiaux*, Paris, 1880, p. 60 *sq*.]

[11 *bis*. On n'est pas bien d'accord sur le sens exact du mot *clarigatio* que, du reste, déjà Quintilien (*Inst. Or.* 7, 3, 13) déclarait obscur. Suivant les uns (Mispoulet) c'est la « négociation pacifique antérieure à toute déclaration de guerre »; suivant d'autres (Weiss) c'est « l'accomplissement des formalités précédant ou entourant les déclarations de guerre ». Certains précisent, et veulent que *clarigare* ait été la même chose que *res repetere*, réclamer la restitution des choses enlevées (Cogliolo); tandis que d'autres (G. Carle) distinguent la *clarigatio*, annonce publique et solennelle de l'injure subie, de la demande de réparation ou restitution, *repetitio rerum*. Voir Weiss, *le droit fétial*, p. 75 n. 3; Willems, *le Sénat de la République romaine*, t. II, p. 491; Mispoulet, *institutions politiques des Romains*, t. II, p. 427 et note 9: Karlowa, *Rœm R. G.* t. I (Leipzig, 1885) p. 282; Padel. Cogl. p. 72 f; G. Carle, *le orig. d. diritto romano*, p. 162.]

— et c'était, sans aucun doute, la pratique universelle, exprimée ou non, — il était stipulé qu'elle serait intentée au *forum contractus*. On admet généralement qu'elle débutait par ce qu'on appelait une *condictio*, — sommation solennelle et publique, adressée par le demandeur au défendeur, de comparaître au bout de trente jours, devant un magistrat compétent de l'état, dans lequel le litige s'élevait, afin que, à défaut d'arrangement dans l'intervalle, la question sujette à contestation pût être formulée et renvoyée devant les récupérateurs pour être jugée. L'organisation de l'instance, le trentième jour *(condictus dies)*, était l'œuvre du magistrat ; il écoutait ce que les parties avaient à dire en faveur tant de la demande que de la défense ; puis exposait, sous une forme simple, les questions de fait et de droit qui s'étaient élevées entre eux, autorisant les récupérateurs à juger en faveur du demandeur ou du défendeur, suivant les circonstances. Les récupérateurs étaient tantôt trois, tantôt cinq, tantôt plus nombreux encore, toujours en nombre impair ; les nationalités des deux parties devaient-elles être représentées ? c'est ce dont nous n'avons aucune preuve. Le jour fixé pour la procédure ultérieure devant eux, d'ordinaire le troisième, était appelé *status dies*. La comparution des parties, aux deux phases, était ordonnée si impérativement, qu'à Rome *status condictusve dies cum hoste* était une excuse valable de l'absence à la procédure d'une *legis actio*, et que cela dispensait le soldat de rejoindre (12). La promptitude étant, en bien des cas,

(12) D'après l'ordre dans lequel les deux mots se présentent dans divers passages d'auteurs littéraires, Karlowa émet l'avis, contraire à l'interprétation ordinaire des définitions de *status dies* dans Festus, v. *Status* (Bruns, p. 295) et Macrobe, I. 16, § 14 — que c'était là le pre-

de grande importance, les récupérateurs étaient tenus de rendre leur jugement dans les dix jours. Comment se faisait l'exécution à la suite du jugement, s'il était rendu en faveur du demandeur, c'est un point qui n'apparait pas clairement. Voigt (13) conclut de quelques mots de Festus (14), que cela devait se faire par un moyen analogue à la *pignoris capio* exposée dans la dernière section.

On arriva, avec le temps, à recourir à cette procédure récupératoire, en certains cas, même quand les deux plaideurs étaient citoyens romains. Il y en a de nombreux exemples dans Cicéron : et il est remarquable que, dans la plupart des actions *ex delicto* purement prétoriennes, le renvoi avait lieu, non pas devant un *judex*, mais devant des récupérateurs. L'explication de ce fait peut se trouver dans le caractère relativement sommaire du moyen.

mier terme de comparution devant le magistrat ; que la *condictio* était faite en sa présence ; que le *condictus dies* n'était pas le trentième jour après la *condictio* ; mais, si les circonstances le permettaient, pouvait être même le jour suivant ; et que la procédure devant les *recuperatores* pouvait, à toute époque, convenir à toute partie, aussi longtemps qu'elle fut terminée dans les dix jours à dater du renvoi devant eux.

(13) *Jus nat.*, etc., vol. II, p. 195.

(14) Festus, v. *Nancitor* (Bruns, p. 274) ; « In foedere Latino. Si quid pignoris nasciscitur, sibi habeto. »

CHAPITRE CINQUIÈME

LA STIPULATION ET LA LEGIS ACTIO PER CONDICTIONEM

SECTION 39. — INTRODUCTION DE LA STIPULATION (1)

Peu d'événements, dans l'histoire du droit privé, furent suivis de conséquences plus étendues que celles qu'amena l'introduction de la stipulation. Elle exerça une influence énorme sur le droit des contrats; car elle donnait le moyen de créer une obligation unilatérale qui, avec le temps, devint susceptible de s'adapter à presque tous les engagements imaginables en faveur d'autrui. L'emploi de certaines paroles solennelles, sous la forme de question et de réponse, pouvait rendre toute convention légitime, non seulement moralement, mais légalement obligatoire; de sorte que bien des cas, où on n'avait auparavant d'autre garantie que le sentiment de l'honneur, passèrent à l'avenir directement sous la protection des tribunaux. Les sti-

(1) Littérature : Liebe, *Die Stipulation u. das einfache Versprechen* (Brunswick, 1840); Schmidt (compte rendu de Liebe), *Krit. Jahrb.* de Richter, vol. V, pp. 869 *sq.*, 961 *sq.*; Gneist, *Die formellen Vertrage d. Ræm. Rechts* (Berlin, 1845), p. 113 *sq.*; Heimbach, *Die Lehre vom Creditum*, Leipzig, 1849; Danz, *Der sacrale Schutz im Röm., Rechte* (Iena, 1857), pp. 102-142, 236 *sq.*; Schlesinger, *Zur Lehre von den Formalcontracten* (Leipzig, 1858), § 2; Voigt, *Jus nat., etc d. Ræm.*, vol. II, § 33, vol. IV; Beilage, XIX; Girtanner, *Die Stipulationen*, Kiel, 1859; Becker, *Actionen*, vol. I, pp. 382-401; Karsten, *Die Stipulation*, Rostock, 1878. [Padel. Cogl. pp. 78, o, 169 u, 258, 3 et notes; May, *droit romain*, t. II, p. 82 *sq.* et notes. Comp. App., note e.]

pulations devinrent le complément d'engagements qui, sans elles, n'avaient d'appui que dans la bonne foi ; par exemple, quand le vendeur promettait par stipulation à son acheteur la garantie de la possession paisible de la chose vendue ou de l'absence de défauts, et que l'acheteur, à son tour, lui faisait la promesse de payer le prix. La question et la réponse, faites en la forme prescrite par la loi, rendaient l'engagement ferme et sûr. D'où le nom générique du contrat ; en effet, l'étymologie de Paul, qui fait dériver *stipulatio* de *stipulum* « ferme », est bien préférable aux étymologies plus anciennes et plus fantaisistes, qui la font dériver de *stips* ou *stipula* (2). C'est autour de la stipulation que les jurisconsultes groupèrent la plupart de leurs développements sur la doctrine générale du droit des obligations, — capacité des parties, conditions requises pour le consentement, conséquences de la fraude, de l'erreur et de la violence, effets des conditions et termes, etc. On peut donc bien dire que son introduction marque une ère nouvelle dans l'histoire du droit.

Et pourtant il n'y a de certitude ni sur l'époque ni sur la façon dont elle fut introduite. Autant qu'on en peut juger, elle était inconnue à l'époque de la compilation des XII Tables, au moins dans les rapports privés ; l'une des premières allusions certaines, qui y soient faites, se trouve dans la loi Aquilia, de 467 U. C. (3). Toutefois, la mention qu'en fait ce document vise une phase, qu'elle n'a pu atteindre qu'au bout de plusieurs années, après avoir été

(2) *Stipulum*, — Paul., *Sent.*, V, 7, 1, Just., *Inst.*, III. 15, *pr.*: *Stips*, — Fest., v. *Stipem* (Bruns, p. 295), Varron, *De L. L.*, V. 182 (Bruns, p. 303); *Stipula*, — Isidore, *Orig.*, V, 24, § 30 (Bruns, p. 327). [En ce dernier sens, P. Viollet, *hist. du droit*, p. 507; G. May, *l. c.*, note 1.]

(3) G. III, 215. La date n'est pas absolument certaine.

mise en usage ; et il est probable qu'elle commença avant le milieu du cinquième siècle. Dans les premiers temps, elle ne portait pas le nom de *stipulatio*, mais de *sponsio*, par la raison que l'interrogation du futur créancier était invariablement conçue dans la formule *spondes — e. g., centum dare spondes ?* — tandis que la réponse contenait simplement *spondeo*. Il y a eu bien des conjectures sur la signification du mot (4). La critique moderne a trois théories. — 1° que c'était la partie verbale du *nexum*, subsistant après que l'opération avec le cuivre et la balance fut tombée en désuétude ; 2° qu'elle fut dégagée de la convention-serment prêtée au grand autel d'Hercule, ou de l'invocation de la Fides (pp. 64, 65) ; 3° qu'elle fut importée du Latium, où elle était parvenue des colonies Grecques plus au sud. Cette dernière opinion est la plus probable. Verrius Flaccus, cité par Festus, la rattache au Grec σπένδειν et σπονδή ; et Gaïus incidemment observe qu'on disait que le mot était d'origine Grecque (5). Homère et Hérodote font souvent allusion à une libation (σπονδή) comme accompagnant les traités et les autres conventions solennelles, — offrande commune adressée par les parties aux dieux, et qui sanctifiait la transaction. Leist (6) est d'avis que cette pratique passa en Sicile et dans l'Italie Méridionale, mais qu'on abandonna graduellement la libation et les autres caractères religieux, tout en conservant le mot σπονδή, dans le sens d'engagement

(4) Voir Festus, v. *Spondere* (Bruns, p. 295) ; Varron, *De L. L.*, VI, 69-72 (Bruns, pp. 304, 305).

(5) G., III, 93. [L'argument n'est pas décisif, car l'usage, très ancien, peut se trouver à la fois chez les Grecs et les Latins, remonter peut-être à une époque antérieure à leur séparation. Gaddi, note 572.]

(6) *Græco-Ital. Rechtsgesch.*, pp. 465-470. Sur le *sponsionis vinculum* international, voir Liv. IX, 9.

liant les parties, tout comme si on avait observé l'ancien rituel, puis, que, voyageant vers le nord, elle arriva dans le Latium, et de là à Rome, sous le nom de *sponsio* ; qu'on l'employa d'abord dans la vie publique, pour la conclusion des traités, et ensuite dans la vie privée, pour la conclusion des contrats. Ainsi, la signification de cette question *spondes*, adressée par le créancier au débiteur (quoique dans les derniers temps, comme nous pouvons bien le croire, ils ne la connussent point), devenait celle-ci — « Vous engagez-vous aussi solennellement que si l'ancien cérémonial avait été accompli entre nous ? » Il y a bien des exemples analogues de pareilles simplifications de termes ; il n'en est point de plus familière que de dire « Je vous le jure », sans que celui qui parle, ni son interlocuteur ne croient nécessaire d'accomplir la solennité.

Il est assez remarquable que, bien que l'idée fût venue du dehors, l'emploi des mots *spondes* et *spondeo*, dans la formation des contrats, fut, au moins jusqu'à l'époque de Gaïus, limité à Rome aux citoyens Romains (7). La *sponsio*, forme de contracter, était essentiellement *juris civilis*. Il en fut de même au début des formes plus récentes et moins solennelles de stipulation. — *promittisne ? promitto, dabisne? dabo*, et autres semblables. Gaïus en parle comme étant *juris gentium i. e.*, créant un lien même entre Romains et pérégrins. Elles finirent par le devenir ; mais ce ne fut que vers la fin de la république. Cependant, quoique *juris civilis*, la *sponsio*, aussi bien que les formes plus récentes, furent, dès le principe,

(7) G., III. §§ 93, 119, 179. On dit quelquefois, (en invoquant l'autorité de Gaius III, 120, IV. 113), que l'héritier du *sponsor* (nom donné au débiteur), n'était pas tenu de l'engagement. Était-ce absolu au temps de Gaius? ou cela n'avait-il lieu que lorsque le *sponsor* était caution, et à cause de la nature plutôt que de la forme de son obligation ?

exemptes de bien des entraves des *actus legitimi* primitifs. Elles n'exigeaient point l'assistance de témoins ; et elles furent toujours susceptibles d'être modifiées par des termes ou conditions. On fut, toutefois, très longtemps avant de laisser aux parties une grande latitude dans le choix de leurs paroles : *spondeo* était un terme si particulièrement solennel, qu'on ne pouvait admettre aucun équivalent ; et on peut dire que même les formules les plus récentes restèrent stéréotypées, jusque bien avant sous l'empire. Et c'était l'emploi des paroles solennelles qui faisait le contrat. C'était un contrat formel, et non réel ; c'est-à-dire que l'action se basait sur la promesse contenue dans les paroles, en dehors de toute considération de savoir si une valeur avait, ou non, été fournie en échange. Avec le temps, ce désavantage sérieux diminua ; d'abord par l'introduction, en certains cas, de termes, qui excluaient l'action, en présence de fraude commise antérieurement ou postérieurement par le créancier *(clausula doli)* ; plus tard, par les exceptions prétoriennes, telles que l'exception fondée sur le défaut d'équivalent (plea of « no value »), ou même en écartant le contrat, à la demande du débiteur nominal, avant que des poursuites aient été intentées par le créancier, en vertu de ce contrat (7 *bis*).

Section 40. — Les lois Silia et Calpurnia

Becker paraît être le seul auteur important qui pense que la stipulation était usitée avant les XII Tables, et qu'elle

[7 *bis*. L'expression « no value » est empruntée au langage commercial anglais. L'auteur a entendu viser spécialement l'exception *doli*, dans le cas indiqué par Ulpien, au *Dig.*, XLIV, 4, fr. 2, § 3 *(de doli mali et metus exc.)*. — La fin de la phrase vise la *condictio liberationis*.]

pouvait être sanctionnée par l'*actio sacramenti* (1). La plupart des auteurs conviennent que, usitée antérieurement, ou non, elle put, pour la première fois, donner lieu à une action, et, par suite, devint seulement efficace en droit, en vertu de la *lex Silia*. Gaïus en parle comme d'une disposition qui introduisit la *legis actio per condictionem*, pour forcer le paiement d'une somme d'argent déterminée (2). Sa date est controversée (3) ; et Gaïus remarque que son objet était loin d'être évident, puisqu'il n'y avait aucune difficulté à recouvrer de l'argent, soit par l'action *sacramenti*, soit par l'action *per judicis postulationem*. Il néglige ce fait que l'argent, dû en vertu d'un contrat de *nexum*, ne se recouvrait par aucun de ces procédés, mais par le moyen bien plus sommaire de la *manus injectio* (§ 31). Or, la loi Pœtilia, de 428, le déclara illégal. Je suis disposé à regarder la *lex Silia*, et la nouvelle procédure qu'elle établit, comme le résultat de ce changement. Renvoyer le créancier pour argent prêté, à l'action *per sacramentum* ou *per judicis postulationem*, eût été le dépouiller dans une mesure excessive des avantages de la *manus injectio*. Il était juste et conforme à l'intérêt de l'humanité, qu'un créancier ne pût plus avoir la faculté de réduire son débiteur à une condition d'esclavage *de facto*; mais il n'y avait pas de bonne raison de permettre au débiteur de contester son obligation,

(1) *Aktionen*, vol. I, pp. 146, 147.

(2) G., IV. 9.

(3) Voigt la place entre les années 325 et 329 U. C. : Ihering la reporte à la première moitié du cinquième siècle : Huschke et Rudorff au commencement du sixième. Mais le fait que la stipulation est mentionnée dans la loi Aquilia, de 467, comme un contrat déjà bien développé, paraît mettre le sixième siècle hors de cause.

sans encourir de peine, s'il échouait (4). C'est pourquoi la loi Silia décida que, lorsque le débiteur contestait son obligation dans l'espèce de ce qu'on appelait *pecunia certa credita*, et forçait le créancier à un procès, ce dernier avait le droit d'exiger de lui l'engagement de payer un tiers en plus de la somme réclamée, à titre de peine, au cas où le jugement tournerait contre lui ; et, d'autre part, le *soi-disant* créancier devait s'engager à payer, à titre de peine, la même somme, au cas où le jugement serait rendu en faveur du prétendu débiteur (5).

Ces engagements (*sponsio et restipulatio tertiæ partis)* n'étaient pas autorisés dans tous les cas où une somme d'argent déterminée était réclamée *per condictionem*, mais seulement quand il y avait techniquement *pecunia credita*. A l'époque de Cicéron, le *creditum* pouvait naître d'un prêt, d'une stipulation, ou d'un contrat littéral *(expensilatio*, § 53) (6) ; mais ce dernier ne date, au plus tôt, que du commencement du sixième siècle, et la stipulation était le résultat de la loi Silia elle-même ; en sorte que *pecunia credita* de cette loi ne pouvait se référer qu'à l'argent prêté. La même expression, d'après Tite Live, était employée par la loi Pœtilia ; elle déclarait, nous dit-il, qu'au cas de *pecunia credita*, l'exécution porterait sur les biens, non sur la personne du débiteur (7). Il est donc difficile de méconnaître qu'il y a une connexité entre la loi Pœtilia et l'abolition du *nexum*, d'une part, et la loi Silia et l'introduction de la *legis actio per condictio-*

(4) Le *sacramentum* était en un certain sens une peine ; mais la partie qui triomphait n'y gagnait rien, puisqu'il était confisqué au profit du trésor public (p. 242).

(5) G., IV. §§ 13, 171, 172, 180.

(6) Cic., *Pro Rosc. com.*, 4, § 13 ; 5, § 14.

(7) Liv., VIII. 28, § 9.

nem, de l'autre : et cela fait naître plus qu'une probabilité que la dernière loi fut une conséquence de la première, et dût être portée immédiatement ou peu après l'année 428. Et nous sommes en droit d'y voir, non pas simplement la loi qui introduisit une nouvelle action, applicable (bien qu'avec différentes restrictions) à des instances à la fois en remboursement de prêts et en paiement de dettes d'argent déterminées, quelle qu'en ait été l'origine, mais aussi la loi qui sanctionna légalement la *sponsio* ou stipulation. La *sponsio tertiæ partis* fut sa première manifestation (7 *bis*). Mais une fois reconnue comme contrat obligatoire, son avantage évident dut rapidement lui ouvrir une plus vaste carrière pour les obligations portant sur de l'argent, particulièrement pour les conventions d'intérêts dans les prêts.

Il y avait toutefois une sorte de prêt, très commune, dont pourtant le paiement ne pouvait être contraint par une *condictio* en vertu de la loi Silia, savoir le prêt de graine de blé, à rendre après la moisson, en y ajoutant une certaine quantité, à titre d'intérêt. La raison en était que la *condictio* de la loi Silia était limitée aux actions portant sur la monnaie ayant cours. Une loi postérieure, la *lex Calpurnia*, étendit ce moyen, bien plus simple que l'action *sacramenti*, à toute demande personnelle, ayant pour objet une chose ou une quantité, autre que de l'argent, mais déterminée et certaine *(omnis certa res)* (8) ; et l'action établie par cette loi prit le nom de *condictio*

[7 *bis*. Cette assertion, et la dépendance de la stipulation (ou mieux *sponsio*) à l'égard de la loi Silia, ne sont pas certaines. Voir Pad. Cogl. p. 259, n, o.]

(8) G., IV, 19.

triticaria (9); de la matière (*triticum*) à propos de laquelle la nécessité s'en était fait pour la première fois sentir.

Avec le temps, on arriva à employer la stipulation pour des engagements indéterminés dès le principe. Mais cela paraît avoir été dû à l'intervention des préteurs, et n'avoir pris naissance qu'après que le système des *legis actiones* eût commencé à faire place au système *per formulas* (§ 71). Le moyen, en pareil cas, n'était pas désigné sous le nom de *condictio*, mais d'*actio ex stipulatu* (10).

Section 41. — La Legis actio per Condictionem (1)

On connaît peu de chose de la procédure de la *legis actio* introduite par les lois Silia et Calpurnia ; car la perte d'un feuillet du M. S. de Vérone nous a privés d'une partie de l'exposé qu'en faisait Gaius. Elle tirait son nom distinctif, dit-il, de la *condictio* ou sommation adressée par le demandeur au défendeur, qu'il avait amené en justice de la façon ordinaire, de se représenter au bout de trente jours, pour la nomination d'un juge. Bien des jurisconsultes ont adressé à cette explication l'objection qu'une sommation ou invitation émanant d'une seule des deux parties, ne correspond guère à l'idée de *condictio*, qui paraît impliquer une action commune ; mais c'est une ques-

(9) Fr. 1 *Dig.*, *De condictione triticaria* (XIII, 3). L'action était ainsi désignée en tous cas sous le système formulaire ; et il est plus que probable que, dans le public, elle était connue sous ce nom, dans le système des *legis actiones*.

(10) G., IV, 136 ; Just., *Inst.*, III, 15, pr.

(1) A la bibliographie de la § 33, note 1, joignez — Asverus, *Die Denunciation der Rœmer* (Leipzig, 1843), p. 129 *sq.*; Mommsen (compte rendu Asverus), *Krit. Jahrb.* de Richter, vol. IX (1845), p. 875 *sq.*; Becker, *Aktionen*, vol. I, ch. 4-7 ; Voigt, *Jus nat.*, vol. III, §§ 98, 99, vol. IV, Beilage, XIX, N° 1, 2, 7 ; Baron (*op. cit.*, § 35, note 1), p. 40 *sq.*; Baron, *Die Condictionen* (Berlin, 1881), §§ 15, 16. [Pad. Cogl., p. 330 i ; P. Fietta, *origine de la théorie classique des actions*, p. 105 *sq.*]

tion de détail de pure forme et relativement de peu d'importance. Il est plus que probable que la sommation était faite en présence du préteur, et à la suite de la dénégation opposée par le défendeur à la réclamation du demandeur (2); car c'était la *condictio* qui était le trait essentiel de la *legis actio*; et nous savons, par le témoignage de Gaius sur ce point que, sauf dans la *pignoris capio*, ce qui était caractéristique des *legis actiones* avait lieu *in jure* (3). La procédure, lors de la nouvelle comparution des parties le trentième jour (à moins d'un arrangement conclu dans l'intervalle), devait varier, suivant que l'action avait pour objet : 1° une somme d'argent déterminée, rentrant dans la catégorie de *pecunia credita*, 2° toute autre somme d'argent déterminée, ou 3° un corps certain ou une quantité déterminée autre que de l'argent. C'était dans le premier cas seulement qu'intervenaient les promesses réciproques du tiers de la somme réclamée, à titre de peine (*sponsio et restipulatio tertiæ partis*); et il est probable que, dans le cas de refus de l'une des parties de s'obliger ainsi, sur l'ordre du préteur, envers l'autre, le jugement était immédiatement rendu en faveur de ce dernier, sans qu'il y eût de renvoi devant le *judex*.

Comment l'instance était-elle organisée, lorsque la *sponsio* et la *restipulalio* étaient régulièrement fournies, nous ne le savons point : mais à juger par analogie de la procédure de l'action intentée au cas de violation d'un interdit,

(2) Dans l'édit qui réglementa l'*actio certæ creditæ pecuniæ* du système formulaire (qui remplaça la *legis actio*), le préteur déclarait que si le demandeur s'en référait, pour la question, au serment du défendeur, lui (préteur) obligerait ce dernier ou à jurer qu'il n'était point demeuré débiteur, ou à payer, — « solvere aut jurare cogam » (*Dig.*, XII, 2, fr. 34, § 6). Certains jurisconsultes pensent que ce doit avoir été à l'origine une disposition de la loi Silia. S'il en était ainsi, cela rehausserait beaucoup la valeur du moyen.

(3) G., IV, 29.

sous le système formulaire (4), et en tirant argument du motif plus général qu'il devait y avoir un mécanisme permettant de condamner le demandeur, en vertu de sa *restipulatio*, si on venait à reconnaître qu'il était dans son tort (5), il est raisonnable de conclure qu'il y avait en réalité trois questions renvoyées concurremment devant le même *judex*, — la première, sur le point principal, la seconde, sur la *sponsio* du défendeur, et la troisième, sur la *restipulatio* du demandeur. La première question était la reproduction de l'affirmation présentée à l'origine par le demandeur, en comparaissant en justice, — « S'il paraît que le défendeur doit payer (*si paret dare oportere*) au demandeur la somme de 1000 *asses* de *credita pecunia*, le juge l'y condamnera ; si cela ne paraît point, il l'acquittera ». Quand on réclamait une somme d'argent autre que *pecunia credita*, la question était la même en substance, en omettant ces deux mots ; mais les questions subsidiaires étaient inutiles, puisqu'il n'y avait ni *sponsio* ni *restipulatio*.

Comme Baron l'a démontré, ce n'était pas l'habitude d'introduire des expressions pour expliquer le fondement de la dette, quand l'action avait pour objet de l'argent (autre que *pecunia credita*) ou un corps certain, ou une quantité. Ce pouvait être un prêt, un legs, une vente, un achat, un délit, un enrichissement injuste ou l'une d'entre vingt *causæ* ; sans doute, il faudrait en venir à cet examen devant le juge ; mais dans la phase initiale devant le préteur, et dans la question posée la seule chose nécessaire était l'affirmation que le défendeur devait telle somme d'argent ou telle chose. C'était au juge à détermi-

(4) G., IV, 165, et *infra*, § 73.

(5) « Restipulationis pœna omnimodo damnatur actor, si vincere non potuerit » (G., IV, 180).

ner si, oui ou non, l'affirmation était établie, et si, en certains cas, le défaut de délivrance était dû à la faute du défendeur ; de son côté, d'ailleurs, le demandeur était tenu de prouver son allégation à la lettre de sa demande. Prouver qu'il restait dû 900, alors qu'on avait réclamé 1000, entraînait forcément un jugement en faveur du défendeur ; à moins de prouver tout ; le demandeur n'obtenait rien ; car la procédure était éminemment *stricti juris*. Si le demandeur triomphait dans une action portant sur *certa pecunia*, et que le défendeur tardât à satisfaire au jugement, l'exécution se poursuivait en la forme ordinaire. Comment l'affaire se réglait-elle dans une action en vertu de la loi Calpurnia, portant sur une *certa res*, est un point plus obscur. Ce que désirait le demandeur, c'était une délivrance en nature ou des dommages-intérêts ; et quelques-uns émettent l'opinion qu'il formulait sa demande d'une façon alternative. Il n'y a point de preuve de cela : et l'assertion de Gaius que, sous le système des *legis actiones*, la condamnation portait toujours sur *ipsa res*, *i. e.*, la chose réclamée en nature (6), conduit à supposer que le jugement rendu en faveur du demandeur devait, à défaut d'exécution en nature, être suivi d'un *arbitrium litis æstimandæ*, afin de fixer les dommages-intérêts en argent, et à la suite duquel l'exécution était poursuivie, comme si le jugement avait porté, dès le principe, sur une somme d'argent. On pense toutefois, dans l'opinion générale, que le juge, auquel la question était renvoyée, fixait lui-même les dommages-intérêts, et que cela rentrait naturellement dans son office, — que l'instruction qu'on lui remettait contenait *quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnato*.

(6) G., IV, 48. Mais voir *supra*, § 36, note 6.

PARTIE III

LE JUS GENTIUM ET LE JUS HONORARIUM

DEUXIÈME MOITIÉ DE LA RÉPUBLIQUE

PARTIE III

LE JUS GENTIUM ET LE JUS HONORARIUM

DEUXIÈME MOITIÉ DE LA RÉPUBLIQUE

CHAPITRE PREMIER

INFLUENCES QUI SE SONT EXERCÉES SUR LE DROIT

SECTION 42. — DÉVELOPPEMENT DU COMMERCE ET AFFLUENCE DES ÉTRANGERS

Quoiqu'on puisse admettre que le commerce ait commencé à prendre racine à Rome au cinquième siècle, ce ne fut cependant qu'au sixième qu'il devint réellement important. Les campagnes, où Rome fut engagée jusqu'à la fin de la première guerre punique, absorbaient toute son énergie. Mais après cette guerre on vit très promptement les étrangers affluer et s'établir dans la ville, afin de s'y livrer au commerce, — d'abord les Latins, et d'autres alliés, ensuite les Grecs, les Carthaginois et les Asiatiques. Or on ne pouvait leur appliquer, pour le réglement de leurs affaires, le *jus civile*, — le droit particulier à Rome et à ses citoyens (1) — que s'ils étaient membres d'états alliés auxquels le *commercium* et la *recuperatio* avaient été garantis par traité (p. 142). Des

(1) Just., *Inst.*, I. 2, 1.

multitudes d'entre eux ne se trouvaient point dans cette situation favorable ; et ceux mêmes qui l'avaient, trouvèrent bientôt le cercle des modes Romains d'acquérir la propriété et de contracter les obligations trop étroit pour leurs besoins. C'est ainsi que se développa graduellement un *jus gentium* (2) qui, dès les premiers temps de son histoire, fit tomber en désuétude les traités stipulant la *recuperatio*. Son application peut avoir été limitée, pendant un certain temps, aux transactions entre non citoyens ou entre citoyens et non citoyens, mais il finit par être adopté pour les actes passés par les citoyens *inter se*, et devint une partie, un élément du *jus Romanorum*. Gaius et Justinien en parlent comme du « droit commun de l'humanité », du « droit en usage chez toutes les nations » (3). Mais il ne faut pas prendre ce langage trop à la lettre. On n'édifia point le *jus gentium* romain, en adoptant, l'une après l'autre, les doctrines et les institutions que l'on trouvait établies d'une façon générale ailleurs. Dans ses premières manifestations reconnues, c'était « un droit international privé indépendant qui réglait, comme tel, les relations entre pérégrins ou entre pérégrins et citoyens sur la base de leur commune *libertas* (4) ». Pendant la république, il fut purement empirique et dégagé de l'influence des théories scientifiques ;

(2) Sur le *jus gentium* Romain, voir Voigt, *Das jus naturale, aequum et bonum, und jus gentium d. Rœmer*, 4 vols. Leipzig, 1856-75 ; Nettleship, dans le *Journal of Philology* vol. XIII (1885) p. 169 *sq*. [Pad. Cogl. p. 419 *sq*, a, b, c ; Cogliolo, *manuale d. storia d. diritto rom.* (Florence, 1887,) § 20, p. 191 *sq* ; Landucci, *storia d. dir. r.* (Padoue, 1886) p. 32 *sq*].

(3) G., I, 1 ; Just., *Inst.*, I. 2, 1.

(4) Voigt, *Jus nat.*, vol. II.' 661. Il distingue le *jus civile*, le *jus gentium* et le *jus naturale* comme des systèmes, qui s'appliquent respectivement au citoyen, à l'homme libre, à l'homme. Comp. Cic., *De Orat.* I. 13, § 56.

mais ses extensions, au début de l'empire, furent l'œuvre des jurisconsultes, — une combinaison de la jurisprudence comparée et de la spéculation rationnelle (5). Il est inexact de dire qu'il était observé partout; au contraire, c'était un droit Romain, construit par des jurisconsultes romains, mais né des nécessités des relations existant avec les non Romains ou entre les non Romains.

C'était dans la matière des contrats que s'ouvrait la plus vaste carrière au développement du nouveau système: et c'est à lui qu'on peut attribuer les règles plus larges de la stipulation et la reconnaissance des contrats dits réels et consensuels, créateurs d'obligations en dehors de toute formalité verbale ou matérielle. Mais il ne fut pas sans influence dans d'autres branches du droit. C'est une question discutable que de savoir si l'on peut, comme on le dit quelquefois, regarder comme une de ses manifestations la grande réforme accomplie dans le droit de propriété par l'édit Publicien, — savoir la reconnaissance d'un genre de propriété inférieure des *res mancipi*, le droit utile sans le titre quiritaire (§ 52) : car ce que Théophile appelle *dominium bonitarium* procédait d'une fiction d'usucapion ; or, l'usucapion, au moins jusqu'à l'époque de Gaius n'était accessible qu'aux citoyens, et aux non citoyens jouissant du *commercium* (6). Toutefois le *jus gentium* laissa son empreinte et sur le droit de la famille et sur le droit des successions. Et vraiment cela était inévitable. Les mariages entre des citoyens Romains et des femmes de naissance pérégrine, avec lesquelles ils n'avaient pas le *conubium*, ne devinrent point rares. Ce n'étaient point de *justæ nuptiæ* et ainsi ils ne p

(5) Voigt, vol. I, pp. 399, 400.
(6) G., II. 65.

daient pas la femme *justa uxor*, et ne donnaient point au mari la *potestas* sur ses enfants. Cependant ignorer entièrement une pareille union eut été désastreux ; aussi fut-elle traitée de mariage *juris gentium* (6 bis). En conséquence, on accorda à la femme une action pour sa dot, à la dissolution de l'union (7), et au mari une *accusatio adulterii* au cas d'infidélité de sa femme (8). Les enfants, tout en étant tenus pour pérégrins, comme leur mère (9), et n'étant point en sa *potestas* à lui, étaient néanmoins, dans un certain sens, ses enfants légitimes (*justi liberi patris*) (10), en sorte qu'il était obligé de les nourrir, qu'il avait le droit d'invoquer sa paternité comme excuse de ne point se charger d'une tutelle (11), et ainsi de suite. Théophile déclare expressément que ce fut à cause d'eux que les fideicommis testamentaires (*fideicommissa*) furent introduits à l'origine, parce que le défaut de cité romaine les empêchait de recueillir *ab intestato* la succession de leur père, et l'empêchait lui, soit de les instituer héritiers testamentaires, soit de leur laisser directement des legs (12).

Il peut être assez difficile à un jurisconsulte moderne de dire avec une précision parfaite quelles étaient les doctrines et les institutions du *jus gentium* romain distingué du *jus civile*. Mais la distinction devait être très familière aux Romains ; autrement nous n'aurions pas cette déclaration

6 *bis*. Callistrate, au *Dig.*, L. 1, 37, § 2 l'appelle *matrimonium non legitimum*.

(7) Cic., *Top.*, 4, § 20.

(8) Ulp., *lib. 2 de adult.*, au *Dig.*, XLVIII, 5, fr. 13 § 1.

(9) G., I. 67.

(10) G. I. 77.

(11) Pap., *lib. 5 question.*, au *Vat. Frag.*, 194.

(12) Théoph., *Paraph.*, II. 23, § 1.

de Marcien à propos des ἀπόλιδες, — qu'ils jouissaient de tous les droits compétant en vertu du premier, mais n'avaient aucun de ceux qui compétaient en vertu du deuxième (13).

SECTION 43. — L'INSTITUTION DE LA PRÉTURE PÉRÉGRINE (1).

La préture fut une conséquence des lois Liciniennes de l'année 387 U. C. (p. 112). Le but de son institution fut de permettre de retenir l'administration de la justice aux mains des patriciens, quoique le consulat eût été forcé par l'ordre inférieur. « Qui jus in urbe diceret », telles sont les expressions de Tite-Live pour décrire la fonction principale du nouveau magistrat (2). Il se trouvait en dignité sur un pied d'égalité presque parfaite avec les consuls ; et, en leur absence de la ville, il avait, en certaines affaires, qualité pour agir à leur place ; il avait, en réalité, le même *imperium* qu'eux pour tout, sauf le commandement militaire. Avec le temps, la fonction qui était annuelle, comme le consulat, fut ouverte aux plébéiens aussi bien qu'aux patriciens ; mais rien ne fut changé de ses devoirs ; jusqu'à la fin du cinquième siècle, le préteur présida seul à l'administration de la justice, à la fois entre citoyens et étrangers. Mais avec les modifications de l'état des choses au commencement du sixième siècle, et l'affluence des étrangers à laquelle on a déjà fait allusion.

(13) *Dig.*, XLVIII, 19, fr. 17, § 1.

(1) Voir Labatut, *Histoire de la Préture* (Paris, 1868) ; Mommsen, *Röm. Staatsrecht*, vol. II, p. 176 *sq.* ; Faure, *Essai historique sur le Préteur Romain*, Paris, 1878 ; Karlowa, *Röm. R. G.*, vol. I, p. 217 *sq.* [Ch. de Boeck, *le préteur pérégrin*, Paris, 1882 ; Pad. Cogl. p. 111 *sq.* ; Cogl. *storia d. dir. rom.*, § 19, p. 172 *sq.* ; Landucci, *storia d. dir. r.*, p. 88 *sq.*]

(2) Liv. VI, 42, § 11.

la charge semble avoir été trouvée trop lourde pour un magistrat unique, et l'on nomma un deuxième préteur. La date n'est pas absolument certaine ; bien qu'on suppose généralement que ce fut environ en l'an 512 U. C. : (3) mais Pomponius (4) dit nettement que la création de cette nouvelle fonction fut rendue nécessaire par l'accroissement de la population pérégrine à Rome et que le nouveau magistrat reçut le nom de *prætor peregrinus*, parce que son principal office était de rendre la justice à cet élément étranger (5). Après la soumission de la Sicile et de la Sardaigne, le nombre des préteurs fut augmenté et porté à quatre, et, après la conquête de l'Espagne, à six : Sylla éleva leur nombre à huit, et César définitivement à seize. Mais toutes les créations ultérieures avaient des objets spéciaux : l'administration ordinaire de la justice de la ville fut laissée à ceux qui représentaient pour le moment les deux préteurs primitifs, qu'on arriva à distinguer sous le nom de *prætor urbanus* (*qui jus inter cives dicit*) et *prætor peregrinus*.

Bien que nous manquions de matériaux pour établir une comparaison entre les édits (6) de ces deux magistrats, et estimer la part d'influence qui peut revenir à chacun d'eux sur le développement du *jus gentium*, il n'est que

(3) Lydus (*De Magistr.*, I, 38, 45) dit que ce fut en l'année 507, qui correspond à l'année 510 de l'ère de Varron. Tite Live (*Epit.*, 19) dit que ce fut en 512.

(4) Pompon., au *Dig.*, I, 2, fr. 2, § 28

(5) Dans les vestiges qui nous restent de la législation des derniers temps de la république, on le mentionne tantôt comme « praetor qui inter peregrinos jus dicit », tantôt comme « praetor qui inter cives et peregrinos jus dicit, » et tantôt simplement comme « praetor peregrinus. »

(6) Gaius (I, 6) parle des édits du préteur pérégrin, comme étant une source du *jus honorarium*, aussi bien que ceux de son collègue urbain.

naturel de supposer que, en bien des sens tout au moins, l'impulsion la plus grande dut être donnée par le préteur pérégrin, façonnant et modifiant le *jus civile* de manière à l'adapter aux besoins des pérégrins, là où cela était possible, et, à défaut, introduisant un *jus honorarium*. Il serait excessif de le traiter comme l'auteur principal du *jus gentium* : car une proportion considérable des actions sanctionnant des droits *juris gentium* étaient civiles et non pas honoraires, — une circonstance qui prouve que les droits qu'elles étaient destinées à protéger et à sanctionner, puisaient leur origine dans le *jus civile*, à la vérité façonné par l'usage tacite et par l'action des jurisconsultes de manière à donner satisfaction aux besoins nouveaux. Mais, même dans cette opinion, le préteur pérégrin doit avoir eu une influence puissante, par la forme et la consistance qu'il donnait au droit naissant, à l'aide des *formulæ* qu'il composait pour lui faire produire son effet pratique.

Section 44. — Simplification de la Procédure et introduction de nouveaux moyens en vertu de la loi Æbutia.

La loi Æbutia n'est mentionnée que deux fois par les anciens auteurs (1), et nous ne connaissons, ni sa date précise, ni les termes de ses dispositions. Et pourtant, à en juger par ses effets, ce doit avoir été l'un des monuments les plus importants de la législation sortie des comices, dans la deuxième moitié de la république. Aulu Gelle en parle comme ayant donné un coup mortel à bien

(1) Gell., XVI, 10, 8 ; G., IV, 30 [Gaddi, *cronol. delle leggi com. rom.*, p. 537.]

des institutions des XII Tables et Gaius dit quelle fut, avec deux lois Juliæ, l'instrument légal de la substitution du système de procédure formulaire (§ 71) à celui des *legis actiones*. Il est probable qu'elle fut promulguée immédiatement ou peu après l'institution de la préture pérégrine (2). Son but, quels qu'aient d'ailleurs été ses termes, paraît avoir été d'autoriser les préteurs à simplifier les formes existantes de procéder ou à en substituer de nouvelles dans les actions données par le *jus civile*. Ce ne peut guère avoir été d'autoriser les préteurs à publier et à mettre en vigueur des édits, car ç'avait été, de temps immémorial, une prérogative de tous les magistrats investis de l'*imperium*. Ce ne peut pas non plus avoir été de les autoriser à donner le caractère de droits et de torts à des faits qui n'avaient point été regardés auparavant comme tels, en munissant les uns d'actions et frappant les autres de peines : non-seulement cela aurait donné aux préteurs le pouvoir de *jus facere* (qu'ils désavouèrent constamment) mais cela eût rendu incompréhensible cette particularité des actions prétoriennes, de ne pouvoir être intentées que dans l'année de charge du préteur, qui avait promis de les accorder, tandis que les actions du *jus civile*, même apparaissant pour la première fois sous leur forme nouvelle, dans l'album du préteur, étaient néanmoins perpétuelles. Le but paraît plutôt avoir été de leur donner le pouvoir d'adapter des moyens existants, à des circonstances modifiées, et de former de nouvelles actions, basées sur le *jus civile*, à l'usage des pérégrins auxquels la procédure

(2) On l'a parfois reculée jusqu'au commencement du septième siècle. Sur quelques unes des dates qui lui sont assignées, et les raisons à l'appui, voir Padeletti, *storia del diritto romano* (Florence, 1878) p. 251 *sq.* [Padel. Cogl. pp. 403, 404 et notes].

des *legis actiones* était inaccessible ; et il est possible aussi que la loi ait, en même temps, expressément autorisé, dans les formules qu'ils devaient composer, l'insertion de clauses destinées à fournir une protection contre des poursuites bien fondées en droit, mais injustes en fait. Mais quelles qu'aient été, en réalité, les dispositions de la loi, elle eut pour résultat l'introduction d'une procédure qui supplanta graduellement la procédure des « actions de la loi » ; procédure infiniment plus souple que l'autre : et dont le trait caractéristique était — que la question, au lieu d'être déclarée de vive voix par les parties, ce qui obligeait, en bien des cas, d'insérer, avec une parfaite exactitude, la disposition légale sur laquelle on se basait, était maintenant rédigée par écrit par le préteur sous la forme d'une instruction délivrée au juge, l'invitant à examiner et à considérer, avec le pouvoir de condamner ou d'acquitter, suivant son verdict (§ 71).

Section 45. — Conquêtes des Provinces.

Le développement du commerce et l'accroissement énorme de la richesse, qui produisirent de grands capitalistes, les mirent en état d'exercer, à l'aide de leurs affranchis et de leurs esclaves, le commerce dans des proportions inconnues jusque-là et ainsi contribuèrent à favoriser le *jus gentium*, furent sans doute dues dans une large mesure à la conquête des provinces. Mais elle agit aussi en d'autres sens. Les personnages qui se rendaient, en qualité de gouverneurs, dans les provinces conquises, se trouvèrent en face de lois et d'institutions, à bien des égards, différentes de celles de Rome. Les considérations politiques leur prescrivaient dans quelle mesure

ils devaient les respecter, dans quelle mesure les renverser. Dans certaines provinces, plus particulièrement celles de l'Orient, on trouva inutile de faire plus que d'ajouter un supplément au système existant, en important les doctrines du *jus gentium* et la procédure des édits du préteur. Dans d'autres, au contraire, où l'on jugeait à propos de détruire aussi rapidement que possible tout sentiment national et tout point de ralliement national, on eut recours à une *romanisation* de toutes leurs institutions ; au point d'y introduire certaines des transactions formelles, précédemment réservées aux citoyens. Mais, dans l'un et l'autre cas, il se produisait une action réflexe. Il fallait étudier l'institution indigène, mettre en balance ses avantages et inconvénients, examiner les moyens de l'adapter à la procédure prétorienne, et présenter les idées nouvelles de façon à les mettre, autant que possible, en harmonie avec les anciennes. Tout cela faisait une éducation, qui n'était pas de peu de valeur pour ceux qui, à leur retour à Rome, devaient exercer une influence sur la législation et l'application de la loi. Ils rapportaient avec eux, non pas seulement une expérience qu'ils n'auraient pas pu acquérir dans leur pays, mais parfois une connaissance familière d'institutions étrangères, qu'ils étaient très disposés à acclimater en Italie. La loi romaine s'enrichit ainsi de ses provinces : elle en tira leur tenure emphytéotique de la terre, leur hypothèque, leur loi Rhodienne sur l'avarie commune et divers autres éléments entièrement nouveaux. Certaines de ces institutions furent sanctionnées par une reconnaissance tacite, d'autres par les édits des préteurs ; mais reçues d'une façon ou d'une autre, elles furent indirectement le fruit de la conquête des provinces.

Section 46. — Expansion de la Littérature et de la Philosophie.

L'effet sur la civilisation romaine du penchant qui porta les gens instruits des derniers temps de la république, vers la littérature et la philosophie, est une question à considérer à propos de l'histoire générale de Rome. On ne se propose point de traiter ici la question de savoir dans quelle mesure les doctrines particulières du droit Romain portent l'empreinte de l'influence des écoles, spécialement de celle des Stoïciens; c'est un sujet bien trop vaste pour être exposé en quelques lignes (1). La question n'est mentionnée qu'afin de noter que l'esprit d'examen critique, éveillé et développé par l'étude littéraire et philosophique entreprise sérieusement et consciencieusement, contribua grandement à favoriser un nouveau mouvement du droit, qui devint très marqué à l'époque de Cicéron, le désir de subordonner la forme au fond, le mot prononcé à l'intention qu'il était destiné à manifester, la règle abstraite au cas individuel, auquel on proposait de l'appliquer. Ce fut le premier effort de ce qu'on appela alors l'équité, pour tempérer et maintenir dans de justes limites la rigueur du *jus strictum*. Les préteurs, les juges et les jurisconsultes y eurent tous leur part. Bien

(1) C'est un point qui était discuté avec bien plus d'ardeur il y a un siècle, qu'il ne l'est aujourd'hui. Parmi les auteurs récents, on peut citer : Van Vollenhoven, *De exigua vi, quam philosophia græca habuit in efformanda jurisprudentia romana*, Amsterdam, 1834; Ratjen, *Hat die Stoische Phil. bedeutenden Einflus gehabt*, etc., Kiel, 1839; Voigt, *Jus nat.*, etc., vol. I, §§ 49-51; Laferrière, *De l'influence du Stoïcisme sur la doctrine des jurisconsultes romains*, Paris, 1860; Hildenbrand, *Gesch. u. System d. Rechts-und Staatsphilosophie*, Leipzig, 1860, vol. I, §§ 141, 142. Pour la bibliographie plus ancienne, voir Hildenbrand, *l. c.*, p. 593.

que les jurisconsultes modernes soient enclins à parler de l'équité prétorienne comme si c'était une chose à part, cependant le même esprit fécondait le droit dans tous les sens, et entre les mains de tous ceux qui avaient à s'en occuper ; la différence se trouve dans ce fait que la forme et la publicité de l'Edit laissèrent des applications, qu'en faisaient les préteurs, un souvenir mieux en évidence et plus durable que les décision des *judices* privés ou les opinions des jurisconsultes rendant des consultations.

Section 47. — Déclin de la Religion et des moeurs.

Il serait également déplacé de s'étendre ici sur les causes et les manifestations de ce déclin des sentiments religieux et de la vertu publique et privée, qui fut fertile en résultats si désastreux dans les derniers jours de la république. Le droit privé subit son influence dans une large mesure à la fois dans les parties de ce droit qui règlaient les relations domestiques, et dans celles qui traitaient de la propriété et des contrats.

Le dédain toujours croissant de la sainteté du lien matrimonial est un des traits de l'histoire de cette période qui frappe même le moins observateur. Dès le début, la loi, tout en dénonçant la séparation sans cause et la frappant de peines, maintenait en principe la parfaite liberté du divorce, — elle considérait comme malséant de forcer des personnes à persévérer dans les liens du mariage quand l'affection matrimoniale n'existait plus entre elles. Avec les habitudes simples et frugales des cinq premiers siècles de Rome et la surveillance du *consilium domesticum*, la reconnaissance de ce principe ne produisit point de mauvais résultats ; les mésintelligences de famille étaient aisément apaisées, et les divorces se rencontraient

rarement. Mais, depuis la promulgation de la loi Maenia en 586 (1), il semble qu'il y ait eu un changement en pis. Cette loi, *inter alia*, destitua le conseil de famille comme tribunal de divorce et transféra ses fonctions en cette matière à un *judicium de moribus*, — un tribunal d'enquête, nommé par le préteur, et qui était chargé de décider dans quelle mesure il y aurait perte des avantages nuptiaux, en cas de séparation ou répudiation. Les mobiles de la loi peuvent avoir été des meilleurs, mais sa tendance était fâcheuse : non seulement elle facilita indirectement le divorce, mais elle en rendit l'idée familière, et détruisit ce respect pour le conseil domestique, qui jusque-là avait été un frein à cet égard.

L'affaiblissement du lien matrimonial, comme on pouvait naturellement s'y attendre, eut son effet sur les autres relations de famille. On commença à faire peu de cas de l'obligation du père de pourvoir au sort de ses

(1) Voir Voigt, *Die Lex Mænia de dote* (Weimar, 1866) et l'examen critique qu'en fait Arndts, *Z. f. R. G.*, vol. VII (1866), p. *1. sq.* A. Gelle rapporte (IV. 3) qu'en 523, — ailleurs il dit 519, tandis que Denys d'Hal. et Valère Maxime disent 520, — Sp. Carvilius Ruga, avec l'approbation du conseil de famille (XVII. 21, § 44) répudia sa femme, qu'il aimait tendrement, parce qu'elle était stérile et que, en conséquence, il ne pouvait assurer les censeurs, en toute conscience, qu'il avait une femme qui pourrait lui donner des enfants. Il semble qu'il y ait eu une difficulté au sujet de sa dot; car A. Gelle observe, en invoquant l'autorite de Servius Sulpicius, qu'à partir de ce moment on jugea à propos d'avoir un règlement sur la dot, afin de pourvoir à une éventualité de ce genre. La loi Mænia parait avoir été, en partie du moins, une réglementation de la matière. — Il est juste de remarquer que Czylharz, dans l'introduction à *Das Römische Dotalrecht* (Giessen, 1870), soutient que la preuve produite par Voigt est insuffisante à démontrer qu'il y ait jamais eu un semblable règlement, et que plusieurs auteurs plus récents gardent des doutes sérieux à ce sujet. [Voir Cogliolo, *Quæstiones vexatæ de dotibus* Arch. Giur. 1883, XXIX. 153; Pad. Cogl. p. 176 *c.*; Esmein, « le delit d'adultère à Rome », *Mélanges*, p. 150].

enfants. La loi, — peut-être seulement l'interprétation donnée à l'*uti legassit* des XII Tables, lui avait permis de les déshériter par testament, ou, en les instituant, de limiter leur droit à une simple fraction de l'héritage (p. 221); mais on supposait que ce pouvoir serait exercé avec discrétion, et seulement quand il serait justifié par les circonstances. Mais dans les derniers jours de la république, au milieu du relâchement des nœuds de la vie domestique, il semble qu'on ait souvent perdu de vue le devoir paternel, aussi bien que le devoir conjugal et que les enfants aient été exhérédés ou réduits à une part nominale de l'hérédité, afin d'enrichir un étranger. C'est ce qui amena le tribunal centumviral, sans d'ailleurs y avoir été autorisé par aucune décision législative, ni par l'édit du préteur, à introduire ce qu'on appela *querela inofficiosi testamenti*, — une récusation du testament, par un enfant dont les droits naturels avaient été méconnus capricieusement et sans cause (2). Il se peut que, pendant une certaine période, la pratique ait été hésitante et incertaine ; toutefois, avant qu'il fût longtemps, on arriva à établir la règle que, au moyen de cette *querela*, tout enfant avait le droit, malgré les termes du testament paternel à un quart au moins (*portia legitima, quarta*

(2) La mention, faite par Cicéron (*In Verr.* II, I. 42, § 107) d'un « testamentum non improbum, non inofficiosum, non inhumanum » a conduit la plupart des auteurs à la conclusion que le remède en question était déjà connu de son temps, bien que quelques uns ne le placent qu'à l'époque d'Auguste. Toutefois Valère Maxime y fait allusion (VII. 7, 4), à propos de Calpurnius Pison, le préteur urbain, que Drumann (*Gesch. Roms*, vol. II. p. 92 *sq.*), estime avoir été celui qui occupa cette fonction, l'année des poursuites contre Verrès. Il est extrêmement probable que la pratique du tribunal, à cet égard, fut d'abord irrégulière, peut-être en quelque sorte à bâtons rompus ; et que, tout en ayant commencé d'exister sous la république, elle ne se fixa que dans les premiers temps de l'empire.

legitima, le légitime du droit Écossais et de celui de plusieurs nations continentales) (3) de ce qui lui serait advenu, si son père était mort intestat; à moins qu'il n'apparût que ce dernier avait eu des raisons suffisantes de l'exclure ou de le limiter à une portion moindre (4). Un père pouvait, de même, récuser le testament inofficieux fait par son enfant à son préjudice; et, en certains cas, les frères et les sœurs le pouvaient aussi *inter se*.

Le déclin des mœurs eut aussi un effet marqué sur les transactions de la vie journalière : il obligea à des précautions et des remèdes qui n'avaient pas été jugés nécessaires dans les beaux jours de la πίστις τῶν Ρωμαίων. On ne se souciait plus de se confier à la bonne foi les uns des autres, à moins qu'elle ne fût soutenue de stipulations, satisdations (*cautiones*) et garanties d'une sorte ou d'une autre. Les dispositions de Rutilius sur la faillite (5) et l'*actio Pauliana* pour annuler les aliénations en fraude des créanciers (6) indiquent un relâchement dans les relations commerciales, qui était peut-être la conséquence inévitable du développement du commerce et de l'industrie. Mais que l'on ait trouvé nécessaires des remèdes tels, par exemple que l'*exceptio rei venditæ et traditæ* ou l'*ex-*

(3) Elle était appelée *portio legitima*, part légitime, parce que le « quart » était emprunté à la *Lex Falcidia (infra* § 54) qui décidait que tout héritier testamentaire aurait droit à avoir cette portion de la succession libre de legs. Justinien (Nov. 18) porta la légitime en tous les cas au tiers et à la moitié, là où il y avait plus de quatre enfants pour y prendre part (*infra* § 87).

(4) Justinien, dans sa Novelle 115, refondit les détails de la pratique, en fixant légalement ce qui devrait être, à l'avenir, considéré comme motifs suffisants d'exhérédation et en exigeant qu'ils fussent expressément énoncés dans le testament (*infra* § 87).

(5) G., III, §§ 77-81.

(6) Cic., *Ad. Att.*, I. 1, § 3; Just., *Inst.*, IV. 6, 6 [Sur l'action Paulienne voir Serafini. *Revoca degli atti fraudolenti*, Pise, 1886].

ceptio non numeratæ pecuniæ, la première, réponse au vendeur qui (le prix dans sa poche) essayait de déposséder son acheteur, simplement parce qu'on avait négligé quelque formalité du transfert, l'autre, une réponse à l'action intentée en vertu de l'engagement de rembourser de l'argent qui, par quelqu'accident, n'avait jamais été avancé, — cela prouve que la loi avait maintenant à affronter la fraude en tous sens, et que la *graeca fides* avait, dans une large mesure, remplacé l'ancienne probité romaine.

CHAPITRE SECOND

ÉLÉMENTS DU DROIT

SECTION 48. — LÉGISLATION.

On ne peut pas dire que, pendant la période de près de deux siècles, qu'embrasse le présent chapitre, le droit privé ait dû beaucoup à la législation. La grande majorité des lois de l'époque, mentionnées par les historiens, traitaient de questions constitutionnelles, du gouvernement municipal et colonial ; de dispositions agraires, de politique fiscale, de prohibitions somptuaires, de réglements criminels et de police, et d'autres points qui touchaient au droit public plutôt qu'au droit privé. Les lois de cette dernière classe, mentionnées par Gaius et Ulpien dans leurs ouvrages élémentaires, dépassent à peine une vingtaine en nombre, et parmi elle, il n'y en a pas plus d'une demi-douzaine dont on puisse dire qu'elles aient exercé une influence permanente sur les principes (distingués des détails) du droit. La plupart de ces lois étaient des décisions du *concilium plebis* (1) ou des comices par tribus, auxquels avait passé l'action législative ordinaire, comme se réunissant plus promptement et fonctionnant plus rapidement que les comices par centuries (2).

(1) A. Gelle observe que les decisions qui, dans un langage strict, étaient des *plebiscita*, étaient néanmoins habituellement designées sous le nom de *leges*.

(2) On peut mentionner, parmi elles, la *Lex Aebutia* (*supra*, p. 311) qui, directement ou indirectement, introduisit la procedure formulaire ; une *Lex Cornelia*, de 687, obligeant les preteurs à se conformer au

Section 49. — Édits des Magistrats.

L'habitude de proposer des édits était très ancienne et avait été suivie par les rois et les consuls, longtemps avant l'institution de la préture. C'était un des moyens les plus directs d'exercer l'*imperium* dont le magistrat supérieur était investi, — d'adresser une injonction à un citoyen, de le contraindre à l'obéissance, ou de lui conférer un avantage, et de l'y maintenir en jouissance. C'était

droit qu'ils avaient publié dans leur édit, en entrant en charge : la *Lex Cincia de donis*, de 550, qui exerça une influence considérable sur le droit des donations, mais fut rendue, dans le principe, dans un but politique, — afin de restreindre les dons excessifs aux hommes publics et aux avocats, dons qui étaient souvent en réalité un instrument de corruption ; les lois *Atilia* et *Julia Titia*, donnant respectivement aux magistrats en Italie et dans les provinces le pouvoir de nommer des tuteurs aux impubères et aux femmes pubères, à défaut de tuteurs nommés par testament et de tuteurs légitimes ; la *Lex Plætoria*, pour la protection des mineurs au delà de l'impuberté ; la *Lex Atinia*, prohibant l'usucapion, même par un tiers innocent, des biens volés : la *Lex Aquilia*, de 467, fournissant un remède au cas de dommage coupable causé à la propriété ; les lois *Apuleia*, *Furia*, *Cicereia et Cornelia*, pour alléger la position des cautions : la *Lex Voconia*, de 585, frappant d'incapacités les femmes en matière de succession, et leur défendant de recueillir plus d'une certaine somme, à titre de légataires en vertu d'un testament ; et la loi *Falcidia*, de 714, donnant à l'héritier testamentaire le droit de retenir un quart de l'hérédité, même quand plus des trois quarts lui avaient été enlevés, et avaient été donnés en legs. Dans Rudorff (*Röm. R. G.*, vol. I, §§ 10-44) on trouvera un catalogue raisonné et descriptif de tous les *leges* et *plebiscita*, mentionnés dans les ouvrages de droit, ou ailleurs, y compris ceux des premiers temps de l'empire. L'*Index Legum*, dans la troisième partie de l'*Onomasticon Tullianum* d'Orelli, contient un exposé de ceux qui sont mentionnés dans Cicéron, Tite Live, Vell. Paterculus et A. Gelle. Il y a aussi une liste raisonnée, avec les renvois aux ouvrages, dans lesquels on peut trouver des exposés plus complets, dans Rivier, *Introd.*, §§ 40-49. [Joignez l'ouvrage de Gaddi, *Cronologia delle leggi comiziali romane*, à la suite du vol. II du *Manuale delle fonti del Diritto romano* de P. Cogliolo, Turin, 1887. (Ce travail est suivi de deux appendices, l'un sur les *Leggi di incerta data*, l'autre sur les *Resti epigrafici di leggi ignote*.]

une des façons de protéger l'ordre public, là où il n'y avait pas violation de ce que la loi regardait comme droit, et où, par conséquent, on ne trouvait pas de remède dans l'action. Les premiers édits des préteurs, — il n'y a guère de raison d'en douter, furent de ce caractère, — c'est-à-dire qu'ils furent rendus à propos de cas particuliers et constituaient ce que l'on appela plus tard *edicta repentina* ou *prout res incidit posita*. — Avec le temps, apparut une nouvelle classe d'édits, qui prirent le nom d'*edicta perpetua* (ou *perpetuæ jurisdictionis causa proposita*), déclarations publiées par le préteur sur son *album* (nom que l'on donnait au tableau blanc affiché dans ce but au forum), annonçant le secours qu'il était prêt à donner, sur la demande de ceux qui allégueraient l'existence de l'état de choses en question. La conjecture qui se présente la première à l'esprit est que cela doit avoir été fait dans le principe par quelque préteur, qui avait l'expérience des fréquents retours de demandes semblables par leur nature et leur but ; et qui, jugeant que le remède qu'il offrait était nécessaire et apprécié, trouva sage d'avertir les citoyens d'une façon générale, qu'il était prêt à l'accorder. Le préteur de l'année suivante était libre d'adopter les édits de son prédécesseur, ou non ; mais il avait l'habitude de le faire, s'ils avaient été trouvés avantageux en pratique ; il y ajoutait de nouvelles dispositions suggérées par les demandes adressées à d'anciens préteurs en vue d'*edicta repentina* (qu'ils n'avaient pas jugé à propos de

(1) Voir Lenel, *Beiträge zur Kunde des prätorischen Edicts* (Stuttgart, 1878), et les chapitres d'introduction de son grand ouvrage, *Das Edictum Perpetuum* (Leipzig, 1883) ; Karlowa, *Röm. R. G.*, § 60. Les essais, faits de temps à autre pour reconstruire l'Edit, sont mentionnés *infra*, § 58, à propos de la consolidation de Julien. [Padel. Cod. pp. 112 z, 403 *sq.*]

généraliser), ou même proposait l'adoption de quelque moyen entièrement de son invention à lui. Chaque nouveau préteur, en entrant en charge, annonçait le programme qu'il suivrait dans l'exercice de sa *jurisdictio*, — sa *lex annua*, comme on l'appelait, en se plaçant à ce point de vue particulier (2) : la partie de beaucoup la plus considérable était *tralaticia*, *i. e.*, transmise par ses prédécesseurs ; un petit nombre de paragraphes seuls, dont le nombre diminuait à mesure que le temps marchait, représentait sa propre part contributoire. Cela continua ainsi, dans les premières années de l'empire, jusqu'à ce que la fonction prétorienne fut éclipsée par la fonction impériale ; et à la fin, l'édit, après avoir été, par ordre d'Hadrien, soumis à une révision et réuni aux édits des préteurs pérégrins et des gouverneurs de provinces, fut sanctionné comme droit écrit de l'empire à l'aide d'un sénatus consulte (§ 58).

Il y a quelque raison de supposer que l'édit atteignait des proportions considérables sous Cicéron, car il mentionne ce fait que, tandis que dans sa jeunesse, on enseignait les XII Tables aux enfants à l'école, dans ses dernières années on les négligeait et on dirigeait à la place les jeunes gens, pour leurs premières leçons de droit, vers les édits du préteur (3). Pour un petit nombre d'entre eux, on connaît, avec une précision suffisante, leur date et leur auteur ; mais l'histoire de la majorité d'entre eux, y compris certains édits

(2) Cic., *In Verr. II*, I. 42, § 109.

(3) Cic., *De Leg.*, I. 5, § 15, II. 23, § 59. Toutefois, dans un passage, qu'on suppose qu'il écrivit avant d'avoir atteint sa vingt-cinquième année (*De Invent.*, II. 22, § 67), il parle de certaines parties de l'édit comme ayant pris de la fixité et étant devenues certaines, à cause de leur longue observation (*propter vetustatem*).

des plus importants, tels que ceux qui introduisirent la *restitutio in integrum* sur le fondement de la lésion pour cause d'erreur, d'absence, de minorité et autres semblables, et ceux qui révolutionnèrent le droit de succession, reste en grande partie dans l'obscurité. Il n'est pas nécessaire de supposer, ni que la consolidation de Julien nous montre toutes les dispositions qui, du commencement à la fin, furent inscrites sur l'album, ni que celles, qui y sont conservées, revêtaient à l'origine la forme sous laquelle elles y sont présentées. Il est bien plus probable que nous n'y trouvons que celles qui avaient soutenu l'épreuve des générations et que beaucoup d'entre elles sont le résultat de la sagesse et de l'expérience combinées d'une série de préteurs. C'était un des avantages des édits sur les décisions législatives, qu'ils pouvaient être abandonnés, repris ou améliorés par un nouveau préteur, suivant son appréciation des exigences publiques. L'Edit était *viva vox juris civilis* (4), — destiné à aider, à suppléer au droit civil, à le corriger de manière à le maintenir en harmonie avec l'estimation sans cesse changeante des nécessités publiques (5) ; et cela aurait été impossible, si ses dispositions avaient été, dès le début, stéréotypées, comme elles le devinrent à la suite de sa consolidation à l'époque d'Hadrien.

L'Edit semble avoir contenu deux parties, la première, que l'on pourrait appeler proprement l'édit ou les édits, et la deuxième, un appendice de formules d'actions, etc., dérivées soit du *jus civile*, soit du *jus prætorium*. Le

(4) Marcien, au *Dig.*, I. 1, fr. 8.

(5) « Quod prætores introduxerunt adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam » (Papinien, au *Dig.*, I. 1, fr. 7, § 1.)

contenu de l'édit proprement dit était très divers, dans ses détails, mais consacré tout entier à l'exposition des moyens, dont le préteur entendait se servir pour exercer sa *jurisdictio* pendant son année de charge. Ce n'étaient point des formulaires didactiques ou dogmatiques de droit, mais plutôt des déclarations ou avis indiquant quel remède il accorderait en telles et telles circonstances, ou des ordres directs, ou des défenses de faire certaines choses. « Je le regarderai (un pacte) comme valable. » « Je ne le souffrirai point. » « Je lui donnerai une action. » « Je lui donnerai une exception. » « Je le rétablirai dans sa position antérieure. » « Je le mettrai en possession du patrimoine qu'il réclame. » « Je lui donnerai un délai pour délibérer » (au sujet de l'acceptation d'une hérédité.) « J'exigerai de lui ou de nier la dette sous serment ou de la payer » — voilà des exemples des termes techniques efficaces des édits de la première classe. On peut prendre comme exemples de la deuxième « Il doit le restituer. » « Il doit l'exhiber. » « Il ne doit pas le faire. » « Je défends l'emploi de moyens violents » (par exemple pour changer un état de possession). Une partie qui réclamait une action ou quoique ce fût, en vertu d'une de ces dispositions des édits, le faisait, non pas de plein droit, comme si sa demande avait été fondée sur la loi ou la coutume, mais en vertu d'une concession gracieuse, — en vertu de la promesse du préteur de lui accorder ce qu'elle demandait (6) et de rendre sa concession efficace. Ce fut la raison pour laquelle, à l'origine, une telle action devait être intentée et terminée dans l'année de charge de ce préteur particulier ; une règle qui, avec le temps, par un abus d'interpréta-

(6) Gaius parle fréquemment de *bonorum possessiones* que *prætor pollicetur* ou *promittit* (voir II. §§ 119, 135).

tion, fut transformée en cette autre quelque peu différente, — qu'une action purement prétorienne, *(i. e.* n'ayant pas son origine dans le *jus civile)* devait être intentée dans l'année de l'événement qu'elle visait.

Comme on l'a déjà observé, les édits du préteur procédaient dans une plus large mesure que la législation antérieure des comices de principes d'équité : c'est-à-dire qu'ils se mirent en opposition avec la rigueur étroite et le formalisme du droit des XII Tables. On peut dire que telle était la tendance générale des édits prétoriens dans leur ensemble. Mais c'était la tendance générale de la législation tout entière de l'époque, et elle n'était en aucune façon particulière au droit de création prétorienne. Nulle part, dans les textes, les préteurs ne sont désignés comme l'organe spécial de l'équité, distinguée du droit. Une distinction de ce genre revient fréquemment dans Cicéron : il identifie *æquitas* avec l'esprit de la loi ou d'une convention, et *jus* avec sa lettre ; mais c'est afin de chanter les louanges, non pas des préteurs, mais des avocats qui soutenaient la première contre la deuxième, et des juges qui se laissaient persuader par leurs arguments. Bien des choses contenues dans l'Edit, auraient tout aussi bien pu être insérées dans les lois, et nous savons qu'avec le temps la loi vint en aide à l'Edit : témoin cette disposition très remarquable. — « Je donnerai la *bonorum possessio* dans les cas prescrits par la loi, que ce soit une décision des comices ou un sénatus consulte » (7).

Nous savons peu de chose des édits du préteur pérégrin, et de leurs rapports avec ceux de son collègue urbain. On ne peut douter qu'ils différaient à de certains

(7) Ulp., *lib. 49 ad edict.*, au *Dig.*, XXXVIII, 14, 1, pr.

égards : car la *Lex Rubria* de 705 ? pour la constitution du gouvernement de la Gaule Cisalpine (8), indiquait aux magistrats, à l'occasion d'une action déterminée, d'avoir à la formuler de la façon prescrite dans l'édit du préteur pérégrin. Ce dernier édit devait, par suite, être dans une certaine mesure en avance sur celui du préteur urbain : sans doute sous ce rapport — qu'étant composé primitivement pour le règlement de questions intéressant des non-citoyens, il évitait plus complètement que l'autre, les formalités accessibles aux seuls citoyens, et simplifiait ainsi la procédure dans une mesure plus large. Dans l'édit du préteur urbain, il y avait des dispositions dont ne pouvaient tirer profit que les citoyens, par exemple, l'action Publicienne introduisant la tenure *in bonis* des *res mancipi*, qui procédait de la fiction d'une usucapion achevée, et qui, par conséquent, même assez avant sous l'empire, ne pouvait servir à un pérégrin. D'autre part, il est permis de croire qu'un moyen de ce genre n'aurait pu trouver de place dans l'édit du préteur pérégrin et que ses dispositions devaient être entièrement applicables aux citoyens et non-citoyens indifféremment. Les édits des gouverneurs de province doivent avoir varié suivant les circonstances ; c'étaient, en tous cas, des composés de dispositions plus ou moins nombreuses, empruntées aux édits des préteurs, auxquels on ajoutait celles que suggéraient les besoins particuliers des différentes provinces pour lesquelles ils étaient construits (*provinciale genus edicendi*). C'est parmi ces dispositions que peuvent s'être trouvées les règles sur la protection de la quasi-propriété des terres, et celles des droits quasi-réels.

(8) *Lex Rubria*, ch. 20 (Bruns, p. 92).

car, dans les provinces, les terres appartenaient en théorie à l'État, et leurs occupants n'avaient qu'un droit transmissible et héréditaire d'usufruit (9). Quant aux édits des édiles curules qui, à côté d'autres devoirs, étaient chargés de la surveillance des marchés, leur champ était très limité : leurs dispositions les plus importantes avaient trait aux ventes en plein marché d'esclaves, de chevaux et de bestiaux, et contenaient des règles sur les devoirs des vendeurs qui les exposaient, et leur responsabilité pour les défauts et vices de ces choses (10).

SECTION 50. — COUTUME, DOCTRINE DES PRUDENTS (PROFESSIONAL JURISPRUDENCE) et *Res judicatæ*.

Quelque grande que puisse être la difficulté qu'éprouvent les jurisconsultes philosophes à définir le fondement de l'autorité du droit coutumier, il n'y a pas à contester l'importance de ses contributions à tout système de droit ancien ou moderne. Les gens qui, les premiers, acceptèrent et endossèrent une lettre de change, firent pour le droit autant que n'en a jamais accompli aucun législateur. Ils peuvent avoir été, ou non, aidés par l'avis de jurisconsultes ; quoi qu'il en soit, ils commencèrent une pratique, qui grandit en coutume, et, comme telle, fut reconnue par les tribunaux comme créatrice de droit, — conférant des droits et imposant des obligations. Il y a beaucoup de cela, - probablement beaucoup plus qu'on ne se l'imagine communément, — dans l'histoire de tout système de droit.

(9) G. II. 7.

(10) Voir tit. *Dig.* « De ædilitio edicto et redhibitione et quanti minoris » (XXI. 1), et tit. *Cod.* « De ædilitiis actionibus » (IV. 58) [Sur les pouvoirs des magistrats, la distinction de l'*imperium* et de la *jurisdictio*, voir Pad. Cogl. l. c., note 1 et Gaddi (*trad. Muirh.*) note 630].

A Rome, la marche fut parfois prodigieusement expéditive : témoin ce que Justinien rapporte de l'introduction et de la reconnaissance des fidéicommis testamentaires et des codicilles ajoutés aux actes de dernière volonté, tous deux à l'époque d'Auguste (1). On ne peut guère douter que le contrat littéral *per expensiationem* (§ 53) n'ait commencé de la même façon, probablement à la fin du cinquième ou au commencement du sixieme siècle. Il se peut que la tenue de livres de comptes domestiques ait été prescrite et sanctionnée par les censeurs ; mais ce fut la coutume et non la loi, ni l'édit du préteur, qui rendit l'inscription faite sur ces registres, au débit d'un tiers, productive d'une créance contre ce dernier portant sur *certa credita pecunia* susceptible d'être poursuivie par une action en vertu de la loi Silia (§ 40). Ce doit avoir été exactement de la même façon que le *mutuum*, prêt d'argent dénué de forme, vint à être regardé comme la troisième sorte de *certa credita pecunia* propre à être recouvrée par la même espèce d'action. Cela ne pouvait être atteint, il est vrai, sans la coopération des tribunaux. Mais ces tribunaux étaient alors composés chacun d'un citoyen simple particulier, dont la fonction se terminait avec le jugement qu'il rendait dans l'affaire particulière qui lui avait été remise, et qui n'était point gêné par l'autorité d'une *series rerum judicatarum* (2). Il avait simplement à décider si, dans son opinion, l'*ex-*

(1) Just., *Inst.*, II. 23. 1. II. 25. pr.

(2) Ce ne fut que sous l'empire qu'une « series rerum perpetuo similiter judicatarum », une série uniforme de précédents, fut considérée comme loi. Pendant la république, le juge était bien plus libre, et avait non seulement le droit, mais le devoir de décider suivant sa propre conception de ce qui était juste, assumant les risques des conséquences, si son jugement était sciemment contraire au droit.

pensilatio ou le prêt dénué de forme créait une obligation de nature à être comprise dans les expressions *pecuniam dari oportere*. Il se peut que, pendant un temps, il y ait eu des divergences de pratique, des déclarations contradictoires. (c'est ainsi que Cicéron nous dit qu'il y en avait de son temps sur le point de savoir si l'on devait appliquer *æquitas* ou *jus strictum* à la décision de certaines affaires), mais l'ascendant graduel et, en fin de compte, la généralité de l'opinion affirmative parmi les juges, n'étaient que l'expression du sentiment général des citoyens dont les *judices* étaient les représentants.

Ce ne sont là que des exemples de la façon dont le droit coutumier fut construit. Il fallait l'action combinée des simples particuliers et des *judices*, agissant ensemble de temps à autre et d'après les avis des jurisconsultes de profession. En certains cas, l'action des préteurs était même nécessaire. Il eut été, par exemple, impossible d'introduire les contrats consensuels dans le système romain et de déterminer quelles étaient les obligations qu'ils imposaient de part et d'autre, sans la coopération du magistrat qui se chargeait de construire les *formulæ* à soumettre aux juges. Pour prendre l'action de vente comme exemple propre à éclaircir la question, la formule contenait en substance ceci : — « Etant allégué que le défendeur a vendu telle ou telle chose au demandeur, Juge, examine tout ce qu'il t'apparaîtra que le défendeur doive, en toute bonne foi, donner au demandeur ou faire pour lui à cet égard, et condamne le à cela (ou plutôt à son équivalent en argent) ; autrement, acquitte-le ». — Il est bien évident que la liberté d'appréciation, accordée ici au juge, doit avoir immensément facilité la réception de la doctrine coutumière dans le droit. Le juge était, dans une large mesure, l'organe du forum : son jugement se formait suivant l'opinion publique

courante, qu'il avait amplement l'occasion de jauger; c'était le reflet de ce sentiment général de droit qui, de quelque nom qu'on le désigne, est la base réelle du droit coutumier. Il en était de même de l'action sanctionant un droit de propriété sur une *res nec mancipi*. La formule était très simple : — « S'il parait que telle ou telle chose appartient au demandeur en droit quiritaire, et que le défendeur refuse de la restituer sur ton ordre, alors, Juge, quelle qu'en soit la valeur pour le demandeur, condamne à cette somme le défendeur : s'il te parait autrement, acquitte-le. » Le premier devoir du juge dans un renvoi de ce genre était de déterminer si le titre, sur lequel le demandeur fondait ses prétentions, lui donnait un droit engendrant la propriété ; et il est difficile de contester que ce furent les décisions d'une série de juges, dans une série d'actions de ce genre, qui introduisirent graduellement dans la doctrine la longue liste de modes naturels d'acquérir la propriété, donnée par Justinien sous des dénominations techniques. Ces décisions, qu'elles eussent pour objet les obligations directes ou indirectes d'un vendeur, ou l'efficacité du titre invoqué par une partie, quand le droit de propriété qu'elle alléguait, avait été acquis par un mode naturel, peuvent, en bien des cas, avoir été obtenues à la suite d'avis d'hommes du métier, et en tous cas prenaient corps dans les jugements où elles étaient insérées. Mais cela ne dépouillait pas le moins du monde la doctrine, qu'on en déduisait, de son caractère de droit coutumier. Ce ne fut que sous l'empire que les opinions des jurisconsultes, soumises à un juge (*responsa prudentium*, voyez § 59) furent revêtues d'une autorité quasi-législative. Pendant la république, si un juge y déférait, c'était simplement parce qu'il les regardait comme d'accord avec l'opinion publique bien qualifiée ; et le droit édi-

fié par une série de jugements conformes *de cette sorte*, était au sens le plus strict, un droit basé sur la coutume (3).

En ce qui concerne les jurisconsultes de profession, en particulier (4) on a déjà observé (page 98) que, d'après le témoignage des historiens, le droit fut le monopole des patriciens, au moins jusqu'au milieu du cinquième siècle de la ville. Tite-Live va jusqu'à dire qu'il était *in penetralibus pontificum repositum*, — parmi les mystères du collège pontifical (5). Il en fut, sans aucun doute, ainsi, dans une très large mesure, dans la période royale. Mais après la publication des XII Tables, la lettre de la loi, une fois exposée, noir sur blanc, aux yeux des citoyens, ces paroles de Tite-Live ne furent plus vraies que dans un sens restreint. Pomponius explique que la législation des décemvirs ne fut pas plus tôt publiée, que l'on sentit la nécessité de confier à des mains habiles le soin de l'interpréter et de préparer des formules d'actions, pour donner efficacité pratique à ses dispositions (6). Ces deux tâches échurent aux pontifes, comme étant les seules personnes qui, dans l'état de civilisation de l'époque, eussent qualité pour fournir l'aide qu'on leur demandait ; et Pom-

(3) Les doctrines des jurisconsultes classiques sur la nécessité d'une *consuetudo longa inveterata*, et ainsi de suite, ne s'appliquaient pas à la formation de la jurisprudence de la république ; et, en fait, elles visaient, non point la coutume générale, mais la coutume particulière, invoquée pour déroger au droit commun.

(4) Rudorff, *Röm. R. G.*, vol. I. §§ 62-65 ; Sanio, *Zur Geschichte der Röm. Rechtswissenschaft*, Königsberg, 1858 ; Grellet-Dumazeau, *Etudes sur le barreau romain*, 2ᵉ éd., Paris, 1858 ; Danz, *Gesch. d. Röm. Rechts*, vol. I. § 49 ; Karlowa, *Röm. R. G.*, § 61. [Pad. Cogl., p. 109 r ; Landucci, *storia del dir. r.*, p. 30 ; Cogliolo, *storia del dir. r.*, p. 160 *sq.*]

(5) Liv. IX. 46, 5.

(6) Pomp., au *Dig.*, I. 2, fr. 2, §§ 5, 6. Sur les fonctions des pontifes, pour la composition des formules d'action, en vertu des XII Tables, voir Becker, *Aktionem*, vol. I. p. 68.

ponius ajoute que leur collège nommait annuellement un de ses membres pour être le conseil des particuliers et des *judices* en ces affaires. L'*interpretatio*, commencée par les pontifes et continuée par les jurisconsultes pendant la république, et qui, nous dit Pomponius, était considérée comme une partie du *jus civile*, ne se bornait point à l'explication des termes de la loi, mais elle comprenait, en certains cas, leur extension, dans d'autres, leur limitation, et bien souvent la déduction de nouvelles doctrines en dehors du *jus strictum* actuellement existant, leur développement et leur exposition (7).

Un événement, qui diminua beaucoup l'influence des pontifes sur le droit, fut la divulgation, en 450, par Cn. Flavius, secrétaire d'Appius Claudius Caecus, et probablement à son instigation, d'un formulaire d'actions et d'un calendrier des jours fastes et néfastes qui prit le nom de *jus Flavianum* (8). L'habitude adoptée, au commencement du sixième siècle, par Tiberius Coruncanius, le premier grand pontife plébéien, de donner des conseils de droit en public (9) eut encore plus d'effet pour le populariser et le *Jus Aelianum*, quelque cinquante ans plus tard, en fit l'héritage des laïques aussi bien que du collège pontifical (10). A partir de cette époque, il y eut une série de jurisconsultes (*prudentes*) croissant graduellement en

(7) Pour les exemples, voir Voigt, *Jus nat.*, etc., vol. III, pp. 287-294.

(8) Liv., IX. 46 : Gell., VII. 9 : Pomp., *l. c.*, § 7.

(9) Cic., *De Orat.*, III. 33, § 134 ; Pomp., *l. c.*, §§ 35, 38.

(10) C'était une compilation faite par Sext. Aelius Paetus, consul en 556, préteur en 560, comprenant les XII Tables, l'*interpretatio* jusqu'à cette date, et les formules adaptées aux *legis actiones* (qui, en dépit de la loi Aebutia, étaient encore largement usitées) ; cet ouvrage semble aussi avoir porté le nom de *Tripertita*, à cause de son triple contenu. Voir Pomp. *l. c.*, §§ 7, 38 ; Voigt, *Ueber das Aelius-und Sabinus-System*, Leipzig, 1875.

nombre et en distinction. Pomponius en donne une liste, et beaucoup d'entre eux sont signalés par Cicéron, particulièrement dans son *Orator* et son *Brutus* (11). Ils s'occupaient à donner des consultations à des clients, à enseigner (12) à plaider (au barreau), à composer des formules de contrats, de testaments et de divers autres actes de caractère légal, ou à écrire des commentaires ou des traités plus courts sur différentes branches du droit. Parmi eux, on peut mentionner les deux Catons. — M. Portius Cato Censorius, qui écrivit quelques commentaires sur le *jus civile*, et son fils, M. Porcius Cato Licinianus, l'auteur d'une théorie fameuse dans le droit de legs, connue sous le nom de *regula Catoniana* (13) : M. Junius Bru-

(11) Il est à remarquer que Cicéron lui-même n'est pas mentionné par Pomponius, si ce n'est pour son éloquence (*l. c.*, § 43). Cela ne donne pas une haute idée de l'estime, où le tenaient, comme jurisconsulte, ses successeurs de l'empire. Cependant A. Gelle (I. 22, § 7) dit qu'il était l'auteur d'un ouvrage sur la méthode scientifique de traiter le droit — *De jure civili in artem redigendo* (sur lequel voy. Dirksen, *Hinterlassene Schriften*, Leipzig, 1871, vol. I, p. 1 *sq.*)

(12) Jusqu'au milieu environ du septième siècle l'instruction d'un jeune homme qui, ses études terminées, se consacrait au droit, paraît avoir été d'ordinaire reçue, en suivant les consultations journalières de patrons de réputation, qui regardaient comme une distinction honorable de réunir un grand nombre d'*auditores*, aussi bien que de clients (Cic., *Orator*, 42, § 143). Mais, plus tard, certains jurisconsultes paraissent avoir eu l'habitude régulière de consacrer une partie de leur temps à un enseignement plus direct, — soit une *institutio* dans les principes généraux du droit, soit une *instructio* dans ses détails. Pomponius (*l. c.*, § 43) dit de Servius Sulpicius que, tout en écoutant *(audiit)* plusieurs jurisconsultes éminents, — *i. e.*, en suivant leurs consultations, il reçut l'*institutio* de Lucilius Balbus, et l'*instructio* d'Aquilius Gallus.

(13) Tit. *Dig.*, *de regula Catoniana*, XXXIV, 7. [L'existence de cette règle, à côté du principe général énoncé fr. 201 *R. J. Dig.*, L. 17, a paru difficile à expliquer. Mais il est très raisonnable d'admettre, — conformément à la marche ordinaire du droit, — que le principe n'a pas été immédiatement formulé d'une façon générale et abstraite, mais s'est introduit par une hypothèse particulière. *Sic* Kuntze, *obligationen*, Leipzig, 1886, p. 1, note 1.]

tus, qui écrivit sept livres *de jure civili* ; M. Manilius, dont les formules de contrat de vente sont célébrées par Cicéron, Varron et Aulu Gelle ; les trois Scævola (14) — Quintus Mucius, l'augure, qui, dans sa vieillesse, donna à Cicéron et à son ami Atticus leurs premières leçons de droit, Publius Mucius, son cousin, et le plus grand des trois, Quintus Mucius, le fils de Publius, qui, le premier, nous dit Pomponius, écrivit avec méthode sur le *jus civile*, le distribuant en dix-huit livres (15) dont un petit nombre d'extraits sont insérés dans le Digeste de Justinien ; P. Rutilius Rufus, l'auteur de la procédure de faillite, décrite par Gaius (16) ; C. Aquilius Gallus, qui imagina l'*actio* et l'*exceptio* de dolo et la stipulation Aquilienne ; (17) Servius Sulpicius Rufus mentionné fréquemment par Gaius et Justinien, regardé par ses contemporains comme le plus grand jurisconsulte de son temps, et, après Cicéron, le plus grand orateur (18) ; Aulus Ofilius, élève de Servius et ami intime de César, qui écrivit assez longuement sur l'édit du préteur (19) ; Alfenus Varus, aussi élève de Servius, dont les ouvrages sont largement cités et rappelés au Digeste de Justinien ; (20) et Aelius Gallus, auteur

(14) Voir Schneider, *Die drei Scævola Ciceros*, Munich, 1871.

(15) Pomp. *l. c.*, § 41.

(16) G., III. 77-79.

(17) Cic., *De Off.*, III. 14, § 60 ; *De nat. deor.*, III. 30, § 74 ; Just., *Inst.*, III. 29, 2. Voir Appendice, note H, *in fine*.

(18) Voir Cic., *Brutus*, 40-42. Pomponius (*l. c.*, §§ 43, 44) dit qu'il était l'auteur de 180 livres sur différentes branches du droit, dont deux seulement, très courts, sur l'Edit, — les premiers écrits sur ce sujet.

(19) Pomp., *l. c.*, § 44. Sur ses rapports avec le digeste de droit, que Jules César se proposait de faire, voir Sanio *Rechtshistorische Abhandl. u. Studien* (Königsberg, 1845), pp. 68-126.

(20) Un grand nombre des mentions et citations sont tirées d'un épitome des *Digesta* d'Alfenus, par Julius Paulus.

d'un traité *De Verborum quæ ad jus civile pertinent significatione*, qui dut être le très bienvenu, quand le droit romain pénétra dans les provinces où la langue latine était étrangère (21).

(21) Sur les ouvrages des jurisconsultes de la république en général, voir Sanio, *Zur Geschichte d. Röm. Rechtswissenschaft*, Königsberg 1858 ; Roby, *Introduction*, ch. VII et VIII ; Ferrini, *Fonti*, pp. 20 *sq.* [Pad. Cogl. p. 109 *sq*].

CHAPITRE TROISIÈME

PRINCIPALES MODIFICATIONS DU DROIT PENDANT CETTE PÉRIODE

Section 51. — Citoyens, Latins et Pérégrins

Ainsi qu'on peut le conclure de ce qui a été dit dans les sections précédentes, l'extension des bienfaits de la loi aux non-citoyens, fut l'un des traits les plus importants du progrès de la législation pendant la deuxième moitié de la république. Avant la fin de la république, le nombre des citoyens s'était extrêmement accru, par suite de l'admission, dans la cité, de presque tous les habitants de l'Italie. Il n'y avait plus de non-citoyens, jouissant comme classe du *conubium* et du *commercium* avec Rome, comme les Latins et quelques autres de ses alliés, à une époque antérieure (p. 142). Mais il existait maintenant, entre le droit de cité et la condition pérégrine, une condition intermédiaire connue sous le nom de *latinitas* ou *jus Latii*, qui donnait le *commercium* à ceux qui en jouissaient, mais non pas le *conubium*. Son origine semble se rattacher, à certaines colonies latines, que, pour des raisons politiques, on ne gratifia point complètement des droits publics et privés, dont jouissait auparavant le *nomen Latinum*. Certaines communautés de la Gaule Transpadane reçurent ce nouveau *jus Latii* en 665, et le gardèrent jusqu'à ce qu'elles acquirent le droit de cité complet. Certains municipes Italiens, et en particulier Etrus-

ques, le virent substituer à leur droit de cité en 673 (1) ; et César l'étendit petit à petit à d'autres communautés de la Gaule Transpadane, l'Espagne et la Gaule Narbonnaise. Vers la fin de la république, il avait cessé d'exister en Italie, mais était assez largement répandu dans les provinces de l'Occident. Un des avantages qu'il conférait aux habitants des municipes qui en jouissaient (lesquels continuaient toujours à être appelés *latini coloniarii*), était qu'il y avait pour eux bien des moyens leur permettant d'arriver, par leur propre fait, à la dignité complète de citoyens Romains. Les pérégrins non-latins ne le pouvaient pas ; et ils se trouvaient dans une situation inférieure aux *Latini*, en ce qu'ils ne pouvaient prendre part à une transaction par le cuivre et la balance, quel que fût le but pour lequel on l'employait, ni être parties à une stipulation conçue dans la forme solennelle de la *sponsio*, ni à un contrat littéral, dans sa forme la plus stricte. Mais ces désavantages devenaient chaque jour de moins en moins importants, car les transactions ordinaires du commerce et des affaires se dépouillaient rapidement des particularités, qu'elles avaient tirées de l'ancien *jus civile*, et étaient refondues de façon à être applicables également aux citoyens et aux non-citoyens.

Section 52. — Le droit de propriété et l'Édit publicien (1)

Il se produisit nécessairement bien des changements pendant cette période, à la fois dans la législation de la

(1) Allusion à la dégradation de Volaterra, par Sylla. Mommsen, *Röm. Staatsr.* vol. III, p. 140.

(1) Voir Ribéreau, *Théorie de l'in bonis habere ou de la propriété prétorienne*, Paris 1867 ; Voigt, *Jus nat.*, etc., vol. IV, app. XXI, p. 470 *sq* ;

propriété et dans celle des droits réels inférieurs. Divers fondements naturels de propriété furent reconnus par les juges, à qui l'on avait renvoyé la question de savoir si, oui ou non, une *res nec mancipi* appartenait à une partie qui la réclamait au moyen d'une revendication. La faveur montrée aux pérégrins ne peut pas s'être arrêtée en deçà de la concession d'un droit de propriété, en tous cas sur les meubles, quand bien même il se peut que ce n'ait point été le *dominium ex jure Quiritium* (2). Le sol, dans les provinces, appartenait à l'État; ses habitants n'avaient strictement qu'un droit d'usufruit ou de possession (3) ; toutefois la tenure était désignée, dans le vulgaire, sous le nom de *dominium*, et protégée par ce qu'on appelait une revendication. L'usucapion n'était plus désormais le résultat de la continuation d'une possession pure et simple (pp. 188, 189) ; elle était maintenant soumise à la condition que l'*usucapiens* eût acquis avec bonne foi, en vertu d'un titre suffisant, quoi qu'il tînt son droit, à

Huschke, *Das Recht der Publicianischen Klage*, Stuttgart, 1874 : Schulin (compte rendu Huschke) Krit. *VJSchr.*, vol. XVIII. (1876), p. 526 *sq* ; Lenel, *Beiträge*, p. 1 *sq* ; Appleton, « De la Publicienne et de l'utilis vindicatio ». *Nouv. Rev. Hist.*, vol IX (1885), p. 481 *sq.*, vol. X (1886) p. 276 *sq*. [Tiedemann, *Die Publiciana in rem actio*, Kroplin, 1886 : Pad. Cogl. p. 525 *sq* ; Ascola, *L'origine del pegno e della ipoteca e l'editto publiciano*, Florence, 1887 ; Lanery d'Arc, *histoire de la propriété prétorienne*, Aix, 1888 ; Appleton, *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action Publicienne*, Paris, 1889].

(2) Argt. *Frag. Dosithei*, § 12 (dans la *Coll. libror. jur. antejust.*, vol. II, p. 154).

(3) G., II. 7, 21. Sous l'empire, certains districts favorisés obtinrent la concession de ce qu'on appela *jus Italicum*, qui, *inter alia*, rendait les immeubles s'y trouvant, susceptibles de *dominium ex jure Quiritium*, et d'acquisition et transmission par les modes romains de transfert. Sur ce sujet, voir Savigny, *Verm. Schr.* vol. I. p. 29 *sq* ; Beaudoin, *Nouv. Rev. Hist.* vol. V (1881) pp. 145 *sq*, p. 592 *sq*, vol. VI (1882) p. 684 *sq* ; Heisterbergk, *Name u. Begriff d. Jus Italicum*, Tübingue, 1885. [Pad. Cogl. p. 397].

(4) *Vat. Frag.*, 315, 316.

son insu, de quelqu'un qui n'était pas propriétaire, ou pas en état d'aliéner, ou bien qu'il eût négligé la forme de transfert appropriée (5). La liste des servitudes prédiales fut grandement accrue, comme le témoigne l'énumération faite par Cicéron dans la liste des questions du ressort du tribunal centumviral (6) ; et ce fut probablement dans les provinces, où les formes civiles de constituer des droits de cette nature étaient inapplicables, que les gouverneurs, dans leurs édits, sanctionnèrent pour la première fois leur création par pactes et stipulations, pour le cas où le cédant ou ses héritiers viendraient entraver l'exercice, par le cessionnaire ou ses successeurs, du droit conféré (7). Dans la matière des garanties réelles, la *fiducia* (p. 182) était encore largement employée ; mais à côté d'elle on avait introduit le *pignus* ou gage, — livraison, sans formalité, d'un meuble, par un débiteur ou pour lui, au créancier, destiné à rester entre les mains de ce dernier jusqu'au paiement de la dette (7 *bis*), et l'hypothèque ou garantie

(5) Il n'y a point de preuve directe que ce changement ait eu lieu pendant la république ; mais on peut l'induire des conditions de l'action Publicienne.

(6) Cic., *De Orat.*, I. 38, § 173.

(7) Dig., XLV. 1, fr. 85, § 3. Ce mode de constituer une servitude a l'air de ne produire qu'une obligation personnelle ; mais le droit qui en résultait était en réalité considéré comme un *jus in re*. La reconnaissance d'*usus* et de *patientia*, comme fondements suffisants des servitudes, ne date que du sixième siècle de l'empire, quand on admit la possibilité des quasi-tradition et quasi-possession des droits incorporels.

7 *bis*. On ne peut guère douter que, pendant longtemps, la mise en gage ne fût, en pratique, limitée aux meubles ; pour les raisons, voir Dernburg, *Pfandrecht*, vol. I (Leipzig, 1860) p. 46. Le langage de Gaïus (*Dig.*, L. 16. 238, § 2) montre que, même de son temps, certains jurisconsultes étaient d'avis que le mot *pignus* ne pouvait être appliqué proprement à un immeuble ; mais, à la suite de l'assimilation de fond entre le *pignus* et l'*hypotheca*, dans le droit postérieur, cette conception perdit graduellement du terrain ; elle est expressément reniée par Justinien (*Inst.*, IV. 6, § 7).

en vertu d'une convention, sans possession, — importée de Grèce et très étrangère aux principes Romains primitifs ; mais si manifestement commode, que limitée à l'origine au droit conventionnel d'un propriétaire foncier sur les esclaves, les animaux et les ustensiles de son fermier, en garantie de la redevance, elle fut bientôt étendue aux créanciers en général, quelle que fût la nature de leur droit.

Mais le changement le plus important dans le droit de propriété, pendant cette période, fut celui que réalisa l'édit Publicien (8), qui reconnut indirectement la validité (1) de ce que Théophile appelle *dominium bonitarium* comme propriété réelle, quoique inférieure, des *res mancipi*, et (2) de ce qui prit le nom de *bonæ fidei possessio*, comme propriété fictice des *res mancipi* ou *res nec mancipi*, valable contre tout le monde sauf le véritable *dominus*. Les relations que nous possédons de cet édit sont quelque peu incohérentes et même contradictoires ; l'explication en est peut-être qu'il traversa une série d'améliorations et d'extensions de la part des préteurs successifs et qu'il put finir par avoir plus d'une section, sans que nous soyons toujours en état de dire à laquelle s'appliquait l'examen d'un commentateur déterminé. Mais il n'y a point de doute sur sa tendance générale, — les défauts auxquels il se proposait de porter remède, et la façon dont la réforme fut accomplie.

L'un des défauts était celui-ci, — que si l'on avait reçu

(8) Il y eut un M. Publicius Malleolus préteur environ en 519, et un Q. Publicius préteur, environ en 687. Ce dernier fut préteur l'année avant Aquilius Gallus, qui, au dire de Cicéron, inventa les *formulæ de dolo*. Il est difficile de croire que l'action Publicienne ait précédé ces formules de plus d'un siècle et demi. Voir Pernice, *Labeo*, vol. II, p. 158, note 19. [Comp. Appleton, *hist. de la propr. prétor.* t. I, p. 31 *sq*].

transmission d'une *res mancipi* de son propriétaire légitime, mais simplement par tradition au lieu de mancipation ou cession devant le magistrat, on n'acquérait point le *dominium ex jure Quiritium*, et le cédant demeurait légalement investi. Le résultat était que ce dernier était autorisé en droit à intenter la *rei vindicatio* et à évincer le cessionnaire dont il avait l'argent dans sa poche : et si, d'autre part, un tiers avait acquis possession de la chose, mais de façon à ne point s'exposer à un interdit, le cessionnaire ne pouvait avoir de revendication efficace contre lui, puisqu'il n'était pas en situation d'affirmer ou de prouver *dominium ex jure Quiritium*. La première difficulté fut surmontée par l'*exceptio rei venditæ et traditæ*, aussi un moyen prétorien, probablement plus ancien que la Publicienne (9) ; contre la revendication du cédant, en vertu de son droit quiritaire toujours existant, le cessionnaire faisait valoir la vente et la tradition comme défense prétorienne efficace. Mais quand un tiers était en possession et que le cessionnaire à la suite de simple tradition avait à prendre l'initiative, la position était plus compliquée. Ce tiers pouvait être de parfaite bonne foi : il pouvait même avoir acquis du cédant originaire et avoir affermi son acquisition au moyen d'une transmission solennelle. Mais ce n'était pas, en équité, une raison suffisante pour lui permettre de faire échouer le droit antérieur du cessionnaire primitif, qui, s'il avait possédé pendant le temps d'usucapion requis, avant l'entrée en scène du tiers, aurait réparé le vice de sa délivrance dénuée de forme et acquis un droit quiritaire inattaquable. C'est pourquoi le préteur annonça dans son

(9) Il doit avoir été plus ancien que l'*exceptio* générale *doli* ; car, si celle-ci avait existé, l'exception spéciale aurait été inutile.

édit que si quelqu'un venait à lui, et lui représentait avoir acheté une *res mancipi* de son propriétaire, en avoir reçu délivrance, mais en avoir perdu la possession pendant le délai de l'usucapion, lui (préteur) lui accorderait une revendication contenant une fiction d'usucapion lui permettant de poursuivre, soit le cédant, soit tout tiers détenant la chose en question.

L'instruction délivrée au juge, en pareil cas, au lieu des paroles simples et directes, — « S'il paraît que la chose en question appartient au demandeur en droit quiritaire, » (p. 332) était ainsi conçue : « En supposant que le demandeur ait possédé pendant le temps d'usucapion requis la chose en question, qu'il déclare avoir achetée, et dont il dit avoir reçu délivrance, — si, en ce cas, il vous paraît que ladite chose appartienne au demandeur en droit quiritaire », et ainsi de suite (10). La publication de cet édit et la formule de l'action basée sur l'édit, — et qui, en dépit de son origine prétorienne, était à bien des égards traitée comme une *actio juris civilis* et tout justement comme une variété de la *rei vindicatio*, — eurent le même effet que si la législation avait décrété directement que, à l'avenir, la tradition d'une *res mancipi*, à la suite de vente ou d'autre juste cause (11), conférerait immédiatement un droit de propriété sur elle, même avant que l'usucapion eût été achevée. Jusque-là, pourtant, le ces-

(10) C'est une traduction libre de la formule, telle qu'elle est donnée par Gaïus (IV 36), afin de distinguer l'objet de la fiction de ce qui devait être établi à l'aide de preuve, — la vente et la délivrance, la propriété du vendeur, etc. Il est à remarquer que Gaïus ne dit rien de la *bona fides* de la part du demandeur, bien qu'elle fût, sans aucun doute, exigée de son temps ; d'où Pernice (*Labeo*, vol. II, p. 158 *sq*) conjecture qu'elle n'était pas encore mentionnée dans l'édit.

(11) Tandis que la vente était seule mentionnée dans l'édit, tous les autres titres de propriété y furent introduits par interprétation. [Comp. Pad. Cogl. p. 526 m. ; Applet, *hist. de la propr. prét.* t. I p. 84].

sionnaire n'était pas propriétaire quiritaire, la chose en question était simplement *in bonis*, « le titre légal quoique tout à fait nu, — *nudum jus Quiritium* (12) — restait au cédant (13), ce n'était qu'à l'achèvement de l'usucapion qu'elle devenait *pleno jure* la propriété de l'acquéreur (14). Le résultat inévitable de la reconnaissance de cette tenure *in bonis* fut que la mancipation arriva à être considérée en bien des cas comme une formalité inutile, et ce qu'il y a de surprenant c'est qu'elle ait continué à se maintenir du tout. La raison en est peut-être qu'elle offrait un substratum aux *leges nuncupatæ* qui accompagnaient le *negotium per æs et libram* (p. 179) et leur donnait force de loi ; et quoique beaucoup d'entre elles eussent parfaitement pu être jetées dans le moule de la stipulation, néanmoins, il y en avait d'autres qu'on put juger plus sûr de laisser produire leur effet, en vertu des dispositions du droit primitif

Le deuxième cas visé par l'édit Publicien, — fut-il publié à l'origine ou par amendement de l'édit, on ne peut le déterminer, — était celui de l'acquéreur *bona fide* d'une chose en vertu d'une vente ou d'autre titre suffisant, qui, en ayant perdu la possession avant l'usucapion, découvrait, à ses dépens, que le cédant n'en était pas propriétaire, qu'en conséquence aucune propriété ne lui avait été transférée à lui (cessionnaire) et que, par suite, il

(12) G., I, 54, III. 166.

(13) Il cessait d'avoir aucun droit utile sur la chose qu'il avait transférée (G., II. 88, III. 166). Mais, en vertu des règles des premiers temps de l'empire, c'était le propriétaire quiritaire seul, qui pouvait affranchir un esclave avec une efficacité suffisante pour en faire un citoyen (G., I. 17 ; Ulp., I. 16) ; et c'était lui, non le *manumissor* bonitaire, qui devenait tuteur d'un affranchi non citoyen, impubère, ou d'une affranchie de tout âge. (G., I. 167 ; Ulp., XI. 19).

(14) G., II 41.

n'était pas en situation d'intenter une revendication avec son affirmation de *dominium ex jure Quiritium* (15). Il n'aurait pas été équitable de lui accorder une action contre le vrai propriétaire des biens duquel un étranger avait disposé à son insu : mais envers toute personne autre que le vrai propriétaire, son « droit préférable », fut reconnu par le préteur, qui lui accorda aussi une revendication procédant d'une fiction d'usucapion achevée ; car l'usucapion réparait le vice de son titre, exactement comme pour celui du propriétaire bonitaire. C'est de cette façon que les préteurs introduisirent cette *bonæ fidei possessio*, qui fut élaborée avec beaucoup d'habileté par les jurisconsultes des premiers temps de l'empire, et qui prit de très grandes proportions dans le droit de Justinien, quand le délai de prescription dut être fortement prolongé, et que la difficulté de prouver la propriété (distincte de la possession *bonæ fidei*) se fut en conséquence largement accrue.

Section 53. — Développement du droit des contrats (1).

Il est impossible, sans dépasser les limites raisonnables d'une esquisse telle que celle-ci, d'indiquer un dixième des réformes réalisées dans le droit des obligations pendant la période, dont les traits caractéristiques furent l'essor d'un *jus gentium* et la formation de l'édit du préteur. Dans chaque branche de ce droit, on avança, non

(15) Ce cas est le seul visé par Justinien (*Inst.*, IV, 6, 4). Il avait aboli la distinction entre les propriétés quiritaire et bonitaire ; il lui était donc inutile de mentionner l'autre.

(1) Voir Becker (*Akt.*, vol. I, ch. 5-8, et app. D, E, F, et vol. II, ch. 15, 16 ; Voigt, *Jus nat.*, etc., vol. III, §§ 106-124, et vol. IV, app. XIX, XXI, [Pad. Cogl. ch. XLVI — L ; Fietta, *origine de la théorie classique des actions*, p. 113 *sq.*]

point pas à pas, mais par enjambées : qu'il s'agisse d'obligations nées de contrats, ou de délits, ou de faits et circonstances telles que l'enrichissement illégitime au détriment d'autrui (2). Le droit relatif au cautionnement, dans ses trois formes de *sponsio*, *fidepromissio*, et *fidejussio*, fut soigneusement étudié, et forma l'objet d'une série de dispositions législatives destinées à limiter la responsabilité de la caution (3). D'autre part, le droit de représentation admis à Rome avec parcimonie, reçut de l'édit prétorien un accroissement considérable, par suite de la reconnaissance de la responsabilité restreinte du *paterfamilias* pour les dettes contractuelles de ses *filiifamilias* ou esclaves, comme aussi, et sans modification, pour les dettes contractées, dans leurs fonctions, par des personnes, soumises, ou non, à sa puissance domestique, qui dirigeaient une affaire dans son intérêt, ou qu'il avait placées à la tête d'un navire lui appartenant (4). Le développement du droit en matière d'obligations en général, fut grandement facilité par la simplification prétorienne de la procédure et l'introduction de nouvelles formes d'actions : l'instruction délivrée au juge — « Tout ce que le défendeur devra donner au demandeur ou faire pour lui, à cet égard, condamne le à cela », précédée de l'exposé de la cause de l'action, offrait une vaste carrière à la reconnaissance de nouvelles sources de responsabilité.

(2) Ces obligations — imposant d'ordinaire le devoir de restituer le profit illégitime — tiennent une place considérable dans la pratique et la doctrine de cette période, et, de bonne heure, donnèrent lieu à divers brocards, *e. g.*, « Nemo cum alterius damno lucrari debet, » « Nemo damnum sentire debet per lucrum alterius, » etc.

(3) Voir G., III, 118-127.

(4) Voir G., IV, 69-74.

L'origine du contrat verbal de stipulation (5) et sa sanction en vertu des lois Silia et Calpurnia, ont déjà été traitées dans des sections précédentes (§§ 39-41). C'était, en théorie, un contrat formel, *i. e.*, produisant des obligations en vertu de la question et de la réponse solennelles échangées par les parties, bien que ne s'appuyant peut être sur aucun fondement réel de dette (6). Mais, avec le temps, on prit l'habitude d'introduire des paroles — le simple mot *recte* suffisait, — pour exclure la responsabilité, en cas de fraude (*clausula doli*) (6 *bis*) ; et cela finit même par devenir inutile, quand les préteurs eurent introduit l'*exceptio* générale *doli* que l'on pouvait invoquer, comme défense fondée sur l'équité, contre toute action personnelle. Ce contrat était essentiellement productif seulement d'une obligation unilatérale, *i. e.*, que celui qui faisait la réponse dans l'interrogatoire était seul à encourir une responsabilité : si l'on se proposait de créer des obligations mutuelles, il fallait que chacun promît de son côté : il en résultait que l'on exécutait deux contrats parfaitement indépendants. A l'origine, les seules paroles, qu'on pût employer étaient *spondes?* d'un côté, *spondeo* de l'autre ; en cette forme, le contrat était *juris civilis*, accessible seulement aux citoyens (et aux non-citoyens jouissant du *commercium?* (7). Avec le temps on employa alternativement les

(5) Voir la bibliographie sur la Stipulation § 39, note 1. [May *éléments de droit romain*, t. II p. 82, *sq.*]

(6) *E, g.*, ; si A promettait à B (*spondes? spondeo*) une certaine somme, B avait droit à une action pour cette somme, bien qu'elle ait pu avoir été le prix d'une chose vendue, que B n'avait pas livrée. Mais comme la stipulation put, à toute époque, être conditionnelle ou soumise à une restriction de temps, l'acheteur pouvait, en pareil cas, se garantir aisément, en faisant sa promesse sous condition de délivrance.

[6 *bis*. Voir Fietta, *l. c.*, note 1.]

(7) On dit que cette restriction de la *sponsio* aux citoyens doit, avec le temps, avoir été abandonnée ; car, mentionnée par Gaius (III §§, 93,

mots *promittis? promitto.* Ce n'étaient pas des mots nouveaux dans le droit ; car l'expression *dicta et promissa* avait été longtemps familière à propos des assurances données par une partie transférant une chose au moyen de la mancipation (8). Ils paraissent, au moins à la fin, avoir été accessibles aux pérégrins aussi bien qu'aux citoyens, quoique cela ne puisse guère avoir eu lieu que lorsque la stipulation fut devenue parmi eux d'un usage journalier, sous l'expression encore plus simple *dabis? dabo. facies? faciam.*

Ce contrat qui, à l'origine, ne pouvait produire que l'obligation de payer une somme d'argent déterminée, et plus tard celle de livrer un corps certain autre que de l'argent arriva, avec le temps, grâce à la simplification des paroles de l'interrogation et de la réponse, la substitution des *condictiones* du système formulaire aux *legis actiones* des lois Silia et Calpurnia, et l'introduction de l'*actio ex stipulatu* pour les cas de promesses indéterminées, à pouvoir s'adapter à toute sorte d'engagement unilatéral, qu'il eût été contracté sous cette forme, ou seulement confirmé par elle. On ne pourrait souhaiter d'exemple meilleur de son étendue d'application que la stipulation générale formulée par Aquilius Gallus, pour préparer une libération solennelle également générale par acceptilation : « Tout ce que, en vertu de quelque motif, vous êtes, serez ou devriez être tenu de me donner ou de faire pour moi, actuellement ou dans l'avenir ; tout ce que

119, 179), elle n'est indiquée par aucun des jurisconsultes postérieurs. Mais l'extension, par Caracalla, du droit de cité à tous les habitants libres de l'empire, est sans doute suffisante pour expliquer l'omission. Une autre particularité du mot *spondes* était que, lorsqu'on l'employait pour une caution, il ne liait pas l'héritier (G., III, 120, IV, 113).

(8) Voir *supra*, p. 180. Pour le rapport probable de ces mots avec la la *dextra promissio* dans un appel à la Fides, voir *supra*, § 12, note 2.

je suis ou serai en position de vous réclamer par une voie de droit quelconque; tout ce que vous avez, tenez ou possédez à moi, ou auriez en votre possession, si vous ne vous en étiez défait par fraude, — me promettez-vous de me payer le montant en argent de la valeur de toutes ces choses, quelle qu'elle puisse être » (9)? Ce contrat fut aussi d'une grande utilité, en dehors du cercle ordinaire des contrats, pour ce qu'on appela les stipulations nécessaires, en opposition aux stipulations volontaires. Par exemple, si quelqu'un se plaignait que la sécurité de sa maison était mise en danger par l'état délabré de celle de son voisin, ce dernier était tenu, sous des peines sérieuses, de se porter garant par stipulation qu'il n'en résulterait aucun dommage; le tuteur, avant d'entrer en charge, devait fournir la *cautio* (nom technique donné à une stipulation nécessaire de ce genre), que le patrimoine de son pupille ne serait pas diminué entre ses mains; un mandataire, paraissant dans un procès, pouvait être tenu de donner sa *cautio* à l'autre partie, que son commettant ratifierait la procédure qu'il aurait engagée, l'usufruitier, avant d'entrer en jouissance de son usufruit, avait, de la même façon, à fournir une sûreté contre les dégradations, à celui à qui la chose devait retourner et ainsi de suite (§ 73, 2) (10). On profita de la stipulation, en tous les sens, pour astreindre, par contrat solennel, à faire ou à s'abstenir de faire ce qu'en bien des cas on était déjà tenu *ipso jure* de faire, ou de ne pas faire, et cela, à cause de la simplicité du moyen — une action en vertu de sa stipulation, — qu'on lui opposerait, au cas où il manquerait à son engagement.

(9) Just., *Inst.*, III. 29, 2.

(10) Voir diverses stipulations de ce genre, prétoriennes et judiciaires, dans Just., *Inst.*, III, tit. 18. Aussi *infra*, § 73, 2.

Une seconde forme de contrat, qui devint usitée, dans une large mesure, dans la seconde moitié de la république, est ce qu'on appelle communément le contrat littéral, ou comme le nomme plus exactement Gaius, le *nomen transcripticium* (11). En dépit de la littérature prolifique dont il a été l'objet, il faut reconnaître qu'en bien des points, la notion que nous en avons est incomplète et incertaine. L'opinion dominante, formée avant que la découverte du M.S. de Vérone ait fait connaître la description qu'en donne Gaius, et presque universellement suivie depuis lors, est que ces contracts se créaient par des écritures faites dans des livres de compte, que les censeurs exigeaient que les citoyens de toute fortune tinssent avec une régularité scrupuleuse. Les écrivains littéraires y font souvent allusion : mais le texte principal sur lequel on s'appuie est ce qui reste du discours de Cicéron pour le comédien Roscius. Ce dernier avait été poursuivi par Fannius, qui intentait contre lui une *actio certæ creditæ pecuniæ* portant sur 50.000 sesterces, avec le tiers habituel en plus, à titre de peine (12). L'ar-

(11) Bibliographie : Savigny, « Ueber den Literalcontract der Römer » (d'abord en 1816, avec des additions, en 1849), dans ses *Verm. Schriften*, vol. I, p. 205 *sq* ; Keller, *Jahrb. f. hist. u. dogm. Bearbeit. des Röm. Rechts* de Sell, vol. I (1841), p. 93 *sq* ; Gneist, *Die formellen Vertrage d. R m. Rechts* (Berlin, 1845), p. 321 *sq* ; Heimbach, *Die Lehre vom Creditum* (Leipzig, 1849), p. 309 *sq* ; Pagenstecher, *De literar. obligatione*, etc., Heidelberg, 1851 ; Danz, *Gesch, d. Röm. Rechts*, vol. II, p. 42 *sq* (où il y a un *résumé* de la littérature antérieure et des principales théories) ; Gide, *Rev. de Législat.*, vol. III (1873), p. 121 *sq* ; Buonamici, *Arch. Giurid.*, vol. XVI (1876), p. 3 *sq* ; Gide, *Etude sur la Novation* (Paris, 1879), p. 185 *sq* ; Baron, *Die Condictionen* (Berlin, 1881), §§ 11, 12. [Labbé, *app. à la 12e éd. d'Ortolan*, t. III, p 816 *sq* ; Pad, Cogl., p. 554 *sq*.]

(12) Introduit par la loi Silia, à propos de la *legis actio per condictionem* (*supra*, § 40), et conservé par les préteurs dans l'*actio certæ creditæ pecuniæ* du système formulaire, qui lui avait été substituée (G., IV, 13).

gument de Cicéron consistait à dire que la *certa credita pecunia*, ne pouvant prendre naissance qu'en vertu d'un prêt, d'une stipulation ou d'une *expensilatio* (nom vulgaire du contrat littéral), comme on n'alléguait aucun des deux premiers contrats, le fondement de l'action devait être le troisième. « Mais, » continuait-il, » où en est la preuve? Fannius a produit ses *adversaria* (journal, livre-journal, ou carnet de notes), dont on ne peut rien tirer dans ce but, et quant à ses *codices accepti et expensi* (registres de recettes et de dépenses), que l'on aurait pu recevoir comme preuve de la dette à la charge de Roscius, il n'y avait pas porté une seule inscription relative à cet objet pendant ces trois ans. » C'est de ce passage, en y ajoutant plusieurs remarques incidentes faites ailleurs, que l'on a déduit la conclusion qu'un citoyen, faisant une inscription dans son *codex* — du caractère de livre de caisse ou de grand-livre, il y a là dessus une grande controverse, — au débit d'un autre, rendait ce dernier débiteur d'une somme susceptible d'être recouvrée à l'aide d'une *actio certæ creditæ pecuniæ.*

Gaius, dans sa description du contrat (13), ne mentionne pas les *codices*, mais son exposé n'est pas incompatible avec l'idée que les inscriptions (*nomina*) dont il parle, y étaient enregistrées. Il dit que ces inscriptions étaient de deux sortes, *nomina arcaria*, et *nomina transcripticia*. Les premières étaient des inscriptions d'avances à crédit, et il fait observer à leur sujet qu'elles ne créaient point d'obligations, mais servaient seulement de preuve d'une obligation, déjà créée par le versement à l'emprunteur, et la réception des deniers par lui. Des dernières, il dit qu'il y en avait de deux sortes, — l'inscription trans-

(13) G., III, 128-134.

crite de « chose à personne », et celle transcrite « d'une personne à une autre » : et que les deux étaient productives d'obligations, et non pas seulement des moyens de preuve. La première était faite par un créancier (A) inscrivant au débit de son débiteur (B) le montant liquidé de ce que ce dernier lui devait déjà comme prix d'une chose achetée, loyer d'une maison louée, valeur d'un travail exécuté ou autre chose semblable. La deuxième était faite par A, transcrivant la dette de B au débit d'un tiers (C), auparavant débiteur de B, et consentant à la transaction : en même temps A créditait B de la somme inscrite ainsi contre C, et B, dans ses livres, à la fois, en créditait C (*acceptilatio*) et en débitait A (*expensilatio*).

Tout cela semble, à première vue, n'être justement qu'une série d'opérations de tenue de livres. Mais c'était bien plus que cela pour les citoyens romains qui, les premiers, y eurent recours. Il y eut une époque, où la vente, le louage, et autres actes semblables, par leur propre vertu, ne créaient pas d'obligation susceptible de sanction légale, quelqu'obligatoires qu'ils pussent être comme devoirs envers la Fides ou (comme diraient les modernes) dans le for de la conscience : pour servir de base à une action, il leur fallait être revêtus de quelque forme agréée par le *jus civile*. Le *nexum* (§ 31) peut avoir été l'une de ces formes, en traitant fictivement l'acheteur ou locataire comme emprunteur du prix ou de la redevance qu'il devait, en vertu de son achat ou de son bail : la stipulation en était une autre, en rendant légalement obligatoire l'obligation de payer le prix ou la redevance en l'insérant dans les questions et réponses solennelles. Mais la stipulation n'était accessible qu'aux personnes en présence l'une de l'autre (*inter præsentes*), tandis que l'*expensi-*

latio, était possible aussi bien en ce cas qu'entre personnes établies à une certaine distance l'une de l'autre (*inter absentes*) (14). Cela donna, de soi à l'*expensilatio* — qui, à l'origine au moins, fut un *negotium juris civilis* autant que la *sponsio* (15), — un avantage, en certains cas sur la *stipulatio*. Mais elle eut aussi cet autre avantage, — qui ne fut pas atteint par la reconnaissance postérieure des contrats réels et consensuels comme contrats productifs d'obligation légale par leur propre vertu — qu'elle fraya le chemin à la *transcriptio* ultérieure, d'une personne à une autre. Cette dernière dut être infiniment commode au commerce, non seulement en permettant aux commerçants de se dispenser de garder une réserve d'argent, mais en évitant les risques qui s'attachent aux transports d'argent à de grandes distances. Ce

(14) G., III, 138. Bien des jurisconsultes sont d'avis que l'inscription d'une dette, provenant d'une transaction antérieure dénuée de forme, produisait une obligation littérale, que le débiteur l'autorisât, ou non. Mais cela est incompatible avec l'idée de contrat. Gaius ne dit rien de l'assentiment exigé du débiteur. Toutefois Théophile, dans sa *Paraphr. Inst.*, III, 2, 21, — le seul exposé juridique que nous ayons de la *literarum obligatio*, sauf celui de Gaius, — parle d'une autorisation expresse donnée par lui. Et même il fait de la *literarum obligatio* l'acte du débiteur lui même ; car il la dépeint comme une écriture faite, à la requête du créancier, mais de la main du débiteur, et par laquelle ce dernier s'obligeait de nouveau à payer une somme déjà due par lui en vertu d'un contrat consensuel, réel ou verbal. Il est très possible que, sous l'empire et après l'époque de Gaius, on soit arrivé à désigner un document de cette nature sous le nom de *literarum obligatio;* mais il ne s'ensuit pas que ce fût le contrat de la république et des premiers temps de l'empire; et, quant à celui-ci, on doit préférer l'exposé de Gaius. On peut cependant tirer de Théophile que le débiteur devait être partie consentante. Et il n'est pas déraisonnable de supposer que, dans les premiers temps, avant que la vente, etc., donnassent lieu, par leur propre vertu, à une action, la chose vendue n'était point livrée, ni la possession de la maison louée fournie, tant que l'autorisation de faire l'inscription dans les registres n'avait point été accordée.

(15) Voir Appendice, note H.

fut ce qui amena, comme Théophile nous dit que cela était le cas, la conversion même de dettes nées de stipulation, en dettes nées des registres : ce n'était pas que le créancier obtînt par là une prise plus étroite sur son débiteur, mais il obtenait de lui une obligation qui, en un certain sens, était négociable et, par suite, avait plus de valeur (16).

L'évolution des quatre contrats purement consensuels — la vente, le louage, la société et le mandat, — offre la matière de l'un des chapitres les plus intéressants de l'histoire du droit. Ils ne suivirent pas, et ne pouvaient pas suivre tous identiquement la même marche : le développement du louage fut très sensiblement parallèle à celui de la vente : mais la société et le mandat, par leur nature, non-seulement eurent un point de départ différent des deux autres contrats, mais atteignirent le même terme qu'eux, — la vertu de produire une obligation simplement par la vertu du consentement échangé entre les parties, — par des chemins parfois très éloignés. Néanmoins, une esquisse de l'histoire de l'origine du contrat séparé de vente peut suffire à indiquer d'une façon générale quelques-unes des étapes franchies successivement par tous les quatre (17).

(16) La délégation, substitution, par un débiteur, de son propre débiteur à sa place, n'était pas nécessairement associée à l'obligation littérale ; elle était en effet très fréquente sous l'empire, après que l'usage de tenir des registres domestiques se fut perdu. Mais il y a de bonnes raisons de croire qu'à l'origine, elle était toujours suivie d'inscriptions, s'y référant, dans les livres de toutes les parties.

(17) La littérature sur l'histoire du contrat de vente est très abondante, mais le plus souvent éparse dans des écrits périodiques, et, en grande partie, par fragments. Il peut suffire de se reporter à Bechmann, *Gesch. d. Kaufs im Röm. Recht*, Erlangen, 1876 ; trois articles de Girard, *Nouv. Rev. Hist.*, vol. VI (1882), p. 180 *sq* ; vol. VII, (1883), p. 536 *sq.*, et vol. VIII (1884), p. 395 *sq* ; et Mommsen, « Die röm. Anfänge von Kauf u. Miethe », *Z. d. Sav. Stift.*, vol. VI (1885), *R. A.*, p. 260 *sq*.

En remontant aussi loin que nous reporte l'histoire, nous rencontrons la vente sous les noms d'*emptio* et *venditio*, mais ils ne signifient pas plus que l'échange : car *emere* à l'origine, signifiait simplement, prendre ou acquérir (18). Le gros et petit bétail (*pecus* d'où *pecunia*) peut, pendant un certain temps, avoir été un objet très usité d'échange de l'un des côtés ; ensuite vint le métal brut pesé dans la balance. Mais c'était encore l'échange ; livraison immédiate de marchandises d'une part, contre livraison simultanée d'un poids de tant de livres de cuivre de l'autre. Les réformes de Servius Tullius amenèrent la distinction entre les *res mancipi* et *nec mancipi*, et, avec elle, une réglementation de la mancipation pour la vente et le transfert des premières (§ 13). C'était toujours l'échange ; mais en même temps que lui, surgit l'obligation à la charge du cédant de la *res mancipi* de garantir l'acquéreur contre l'éviction — une garantie comprise implicitement dans la mancipation (p. 174). Cette règle s'établit-elle dès le début, ou fut-elle le produit de la coutume, il est impossible de le dire ; mais il est extrêmement probable que ce furent les XII Tables qui fixèrent au double du montant du prix, la mesure de la responsabilité du cédant envers l'acquéreur au cas d'éviction (19). Il est également impossible de dire quand prit naissance la pratique d'insérer des déclarations, assurances, et ainsi de suite dans la mancipation *(leges mancipii)*, considérées comme obligatoires en vertu du *negotium juris civilis* dont elles étaient revêtues. Elles reçurent la sanction de la loi dans les XII Tables, par les paroles bien connues « cum nexum faciet

(18) Festus, v. *Redemptores* (Bruns, p. 286) ; Paul Diac., v. v. *Abemito* et *Emere* (Bruns, pp. 262, 267).

(19) Paul., *Sent.*, II. 17, §§ 1, 3.

mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita jus esto » — en substance « tout ce qui sera déclaré de vive voix par les parties, au cours d'une transaction *per æs et libram*, pour déterminer ses conditions, fera loi contre elles ».

La substitution par les décemvirs, de l'argent monnayé que l'on devait compter, au métal qui se pesait, convertit la prestation de l'une des parts en prix *(pretium)*, distingué de l'objet de l'achat *(merx)* de l'autre ; et ainsi la vente devint distincte de l'échange (20). En vue de la séparation de la mancipation et du paiement du prix, et du changement de la première, dégénérant en une vente purement imaginaire (21), ils décrétèrent que, malgré la mancipation, la propriété de la chose vendue ne passerait à l'acheteur, que lorsque le prix aurait été payé, ou la garantie de cautions *(vades)* (22) fournie à ce titre au vendeur; et ce fut sans doute l'interprétation des pontifes qui fit ajouter à la règle ceci — que, jusqu'au paiement du prix, aucune responsabilité pour éviction ne s'attacherait au cédant (ou *auctor*). La raison de la mesure des XII Tables était qu'un vendeur qui avait livré, ou mancipé une chose vendue par lui, avant de toucher le prix, n'avait pas d'action pour en forcer le paiement ; en pareille occurence, on pensa qu'il n'était que juste de lui donner l'occasion de reprendre la chose elle-même par une action réelle. Il pouvait arriver, toutefois, que le prix eût été payé et que pourtant le vendeur se refusât à faire mancipation. Il se passa longtemps, apparemment, avant que

(20) Paul., au *Dig.*, XVIII, 1, fr. 1, pr.

(21) *Imaginaria venditio* (G., I, 119).

(22) *Vadimonium*, nom donné à l'engagement des *vades* : c'était un des contrats solennels des XII Tables : mais il tomba en désuétude, à une date relativement ancienne. Voir *supra*, p. 194 et A. Gelle, XVI, 10, 8.

l'acheteur pût, en pareil cas, l'y obliger. Mais grâce à l'introduction de la *legis actio per condictionem* (§ 41), cet acheteur eut incontestablement le droit de recouvrer son argent, en se fondant sur l'enrichissement injuste du vendeur, — sur ce que ce dernier avait reçu l'argent en considération d'un équivalent qui avait fait défaut (*causa data causa non secuta*) ; et il se peut qu'avant cela il ait eu un remède semblable *per judicis postulationem* (§ 35).

Au point où nous en sommes, c'est-à-dire au commencement du sixième siècle, il y avait trois obligations distinctes résultant de la vente d'une *res mancipi* : mais aucune d'elles ne naissait directement de la vente elle-même, ou ne pouvait être sanctionnée par la seule raison que la vente avait eu lieu. Le vendeur était tenu de soutenir l'acheteur dans toute action d'un tiers lui disputant son droit, et de lui rembourser le double du prix, au cas de succès de ce tiers. Il était, en outre, tenu de lui faire raison des pertes qu'il avait subies, par suite de défaut dans la contenance qu'il avait garantie, absence de servitudes qu'il avait déclarées appartenir au fonds, existence d'autres servitudes, dont il avait affirmé que le fonds était libre (23) ; incapacité d'un esclave pour un travail auquel il avait été certifié propre, et ainsi de suite. Mais ces promesses étaient obligatoires, en vertu, non pas de la vente *per se*, mais de la transaction *per æs et libram*, qui la recouvrait ; et si le vendeur devait, à un moment quelconque, restituer le prix, faute par lui de manciper ce qu'il

(23) Cicéron dit (*De Off.*, III. 16, § 65) que, bien qu'il suffit, d'après les XII Tables, à un vendeur *per æs et libram* d'exécuter les garanties positives qu'il avait données (*uti lingua nuncupassit ita jus esto*), les jurisconsultes le regardaient comme responsable de sa réticence au sujet des charges et vices, qu'il aurait dû révéler, et passible d'une *pœna dupli*, exactement comme s'il avait garanti leur absence.

avait vendu, ce n'était pas qu'il eût commis une violation de contrat, mais bien parce qu'il s'était injustement enrichi au détriment de l'acheteur.

Dans les ventes de *res nec mancipi*, exactement comme dans celles de *res mancipi*, le vendeur qui avait été assez imprévoyant pour livrer ses marchandises, avant d'avoir été payé, ou d'avoir reçu par stipulation une garantie pour ce prix, ou d'avoir converti cette créance en une créance littérale, pouvait les recouvrer par l'action réelle, si le paiement était retardé sans raison. D'autre part, l'acheteur, qui avait payé d'avance, et n'obtenait point délivrance, pouvait aussi reprendre son argent des mains du vendeur, en alléguant son enrichissement injustifiable. Mais comme la mancipation n'était point nécessaire pour transporter la propriété — que même, comme quelques-uns le pensent, elle était interdite en pareille matière — il fallait avoir recours à quelqu'autre procédé que celui du cuivre et de la balance, pour imposer au vendeur une obligation de garantie contre l'éviction, les vices, etc. Il se peut que, avant que le commerce ait commencé à prendre des proportions considérables, et quand la transaction avait lieu entre citoyens, l'acheteur se contentât de se reposer en partie sur l'honnêteté de son vendeur, sur la connaissance qu'avait ce dernier du risque qu'il courait d'être poursuivi pour vol, s'il avait vendu une chose appartenant à autrui (24), en partie sur la maxime commune à tous les temps et à tous les pays, *caveat emptor*. Quand la transaction se passait entre un citoyen et un pérégrin, elle mettait sans doute en jeu une série différente de règles : car les contesta-

(24) « In rebus mobilibus.... qui alienam rem vendidit et tradidit furtum committit ». (G., II, 50).

tions entre eux était réglée par les récupérateurs (p. 288), dont les décisions s'inspiraient beaucoup de considérations d'équité naturelle. Ce fut la vulgarisation de la stipulation qui facilita un nouveau progrès, rendu d'autant plus nécessaire par l'expansion des rapports avec les étrangers et la cessation de la *recuperatio*.

Nous entendons parler d'une *satisdatio secundum mancipium*, d'une *stipulatio habere licere* et d'une *stipulatio duplæ*. La nature de la première est obscure; elle semble s'être rattachée aux ventes par mancipation et avoir probablement consisté dans la garantie d'un *sponsor*, pour les obligations imposées au vendeur par la transaction *per æs et libram* et les *verba nuncupata* qu'elle recouvrait. La stipulation *habere licere* se trouve dans Varron, dans un recueil de formules de ventes de moutons, bœufs, etc., dont quelques-unes, nous dit-il, étaient des abrégés de celles de M. Manilius, qui fut consul en l'année 605 (25). C'était la garantie du vendeur d'une *res nec mancipi*, ou même d'une *res mancipi* vendue sans mancipation, consistant en ce que l'acheteur devait avoir la jouissance paisible de ce qu'il avait acheté; elle lui donnait droit, en cas d'éviction, à une réparation mesurée non pas d'après une règle fixe, mais d'après la perte qu'il avait subie. Elle ne peut donc avoir été introduite qu'après la *lex Æbutia*, après que le préteur eut composé la formule de l'*actio ex stipulatu* (§ 71). L'idée de la *stipulatio duplæ* peut avoir été empruntée au *duplum* encouru par le vendeur, au cas d'éviction d'un

(25) Varron, *De R. R.*, II. 2, §§ 5, 6, II. 5, § 11 (Bruns, p. 310). Il y a d'autres formules dans d'autres parties du livre II, applicables aux ventes de porcs, chèvres, ânes, etc., que Bruns n'a point extraites; les deux formules indiquées plus haut se rapportent à des ventes de moutons et bœufs.

acheteur ayant acquis la chose par mancipation : en effet. l'une de ses premières manifestations se trouva dans l'édit des édiles curules (p. 329) qui exigèrent cette promesse des vendeurs d'esclaves (26), sans doute parce que ces trafiquants étaient, pour la plupart, étrangers, et, par suite, incapables de parfaire leurs ventes *per æs et libram*. Si l'on en juge d'après Varron, c'était une forme de stipulation contre l'éviction, qui, de son temps, n'était employée que pour les ventes d'esclaves (27) : il ajoute, toutefois, que, par convention des parties, elle pouvait être limitée au *simplum*.

Nous apprenons du même auteur — et cela est aussi indiqué dans divers passages de Plaute, — que le vendeur garantissait en même temps, et dans le corps de la même stipulation, que les moutons ou bœufs qu'il vendait étaient sains et de race saine, et exempts de défauts, également que ces animaux n'avaient commis aucun dommage, dont on pût demander compte à leur propriétaire par une action noxale : de même que l'esclave vendu était sain et ne pouvait être chargé d'aucun vol ni d'aucun autre délit, dont l'acheteur pourrait avoir à répondre. Si l'une de ces garanties se trouvait mensongère, l'acheteur avait une *actio ex stipulatu* contre le vendeur : « Attendu que le demandeur a reçu du défendeur la promesse par stipulation que certains moutons, qu'il lui a achetés, étaient sains, etc. (en répétant les paroles de garantie), et que lui, demandeur, serait libre de les avoir (*habere licere*). Juge, condamne le défendeur à la valeur de tout ce qu'il apparaîtra qu'il doive, à cet égard, donner au de-

(26) Ulp., au *Dig.*, XXI. 2, fr. 37, § 1.

(27) *De R. R.*, II. 10, 5 (Bruns, p. 311) comparé avec ses formules de ventes de moutons et autres animaux.

mandeur ou faire pour lui : sinon, acquitte-le ». C'est une observation faite par Bekker (28) que l'*actio empti*, dans sa forme primitive, n'était qu'une simplification de l'*actio ex stipulatu*, en vertu des garanties données par le vendeur. Les stipulations, auxquelles on a fait allusion, étaient arrivées à être le cortège si immanquable de la vente, qu'elles devinrent l'objet d'une présomption légale. Le résultat fut que les mots : « Attendu que le demandeur *a acheté* du défendeur les moutons au sujet desquels cette action s'est élevée », furent substitués dans la *demonstratio* (comme on appelait la clause de la *formula*) au récit détaillé de ce qui avait été stipulé. Becker justifie cela, en se référant au langage de Varron (29), qui paraît comprendre, dans les mots *emptio venditio*, non pas simplement la convention d'acheter et vendre, mais aussi les stipulations qui l'accompagnaient d'ordinaire.

Cependant l'introduction de l'*actio empti* en cette forme était loin d'être la reconnaissance de la vente comme contrat purement consensuel. Si le prix n'était pas immédiatement payé, l'acheteur donnait sa *promissio* pour cela, ou procurait quelqu'un, en qui le vendeur eût plus de confiance, pour la donner à sa place (30) ; ou bien le vendeur en faisait un *nomen transcriptitium*, et si on était obligé de le réclamer, c'était, dans tous ces cas, par une *condictio certi* et non pas par une action en vertu de la vente. Si le prix était payé et que la chose achetée ne fût point livrée, le seul remède offert à l'acheteur était de reprendre son argent par la même *condictio*, à moins, il est vrai, que la garantie *habere licere* ne fût considérée

(28) Bekker, *Aktionen*, vol. I, p. 158. [Comp. Fietta, *op. cit.* pp. 126, 127].

(29) Voir Bekker, l. c., p. 157, note 72.

(30) Varron, II. 2, § 5.

comme comprenant la délivrance, auquel cas l'acheteur pouvait obtenir des dommages-intérêts par une *actio ex stipulatu* sous le nom d'*actio empti*. Mais cette *actio empti*, qu'elle reposât sur le défaut de délivrance, l'éviction ou la violation de quelque autre garantie, était en réalité une action basée sur les contrats verbaux qui avaient accompagné la vente, — une action *stricti juris*, dans laquelle le juge ne pouvait dépasser la lettre des engagements de l'acheteur. Dans les dernières années de la république, et probablement à partir de l'époque de Q. Mucius Scævola (31), elle fut une action *bonæ fidei*. Comment ce changement s'était-il produit ? Il avait pu suffire, pour l'amener, d'un seul cas de rigueur, tel que le rejet d'une demande d'indemnité pour éviction, par la raison que la stipulation de garantie avait été par hasard négligée. Ulpien dit : « Comme la *stipulatio duplæ* est une chose de pratique universelle, l'action sur le fondement de l'éviction sera donnée *ex empto*, si par hasard il arrive que le vendeur d'un esclave n'ait point donné sa garantie par stipulation : car tout ce qui est de coutume et de pratique générales doit être pris en considération par le juge dans un *bonæ fidei judicium* » (32).

Il s'en fallait de bien peu pour transformer la *stricti juris actio empti*, qui n'était en réalité qu'une *actio ex stipulatu* en une action *bonæ fidei*, — simplement l'addition, par le préteur, des mots « en vertu de la bonne foi » (*ex fide bona*) à la phrase « tout ce que le défendeur devra donner au demandeur ou faire pour lui » (33). Et pourtant l'effet en fut immense. Non que cela fît disparaî-

(31) Cic., *De Off.*, III. 17, § 70.

(32) Ulp., *Lib. 1. ad ed. ædil.*, au *Dig.*, XXI. 1, fr. 31, § 20.

(33) G., IV. 47

(34) Voir *supra*, note 30.

tre les stipulations de garantie : Varron écrivit après l'époque de Q. Mucius (qui parle de l'action de vente comme d'une action *bonæ fidei* (34), et on en trouve de nombreuses mentions dans les jurisconsultes classiques (35). Mais cela les rendit inutiles en droit. Cela fit de la vente un contrat purement consensuel, dans lequel, en vertu de la simple convention d'acheter et vendre, toutes les obligations, qui l'accompagnaient de part et d'autre, étaient considérées comme comprises, sans avoir été expressément formulées, ou même sans aucun engagement verbal ou littéral. Et en prescrivant aux juges de décider, dans tous les cas de procès *ex empto* ou *ex vendito*, entre acheteurs et vendeurs, d'après les principes de la bonne foi, on leur donnait en réalité le droit de dépasser de beaucoup « la coutume et la pratique générales », et de connaître de tout ce qui, suivant la loyauté, l'équité et le sens commun, devait exercer une influence sur leur jugement, de façon à leur permettre de rendre librement justice aux parties, en toute question quelconque, qui pouvait naître, directement ou indirectement, de leurs rapports de vendeurs et acheteurs.

L'histoire des quatre contrats réels — le *mutuum* (*i. e.* le prêt d'argent ou d'autre chose à restituer *in genere*), le *commodat* (*i. e.* prêt de chose à restituer en nature), le dépôt et le gage, — est plus obscure que celle des contrats consensuels (36). Jusqu'à la loi Pœtilia, le prêt d'argent,

(35) A vrai dire, l'un des buts, pour lesquels la *bonæ fidei actio empti* était quelquefois employée, était de contraindre le vendeur à fournir une *stipulatio duplæ* ou *simplæ*, lorsqu'elle avait été omise par inadvertance et que l'acheteur s'apercevait qu'elle pourrait lui rendre service.

(36) Voir Heimbach (*op. cit.*, note 11) pp. 498 *sq.* 663 *sq*; Bekker, *Loci Plautini de rebus creditis*, Greifswald, 1861 ; Demelius, *Z. f. R. G.*, vol. II. (1863), p. 217 *sq* ; Bekker, *Aktionen*, vol. I. p. 306 *sq* ; Ubbe-

de blé, etc., était d'ordinaire contracté *per æs et libram* (§ 31); et il est probable qu'après l'abolition du *nexum*, l'obligation à la charge de l'emprunteur, de rembourser l'argent ou le blé qui lui avait été avancé, put être poursuivi, sous l'empire respectif des lois *Silia* et *Calpurnia*, par une action dérivant d'une stipulation concomitante au prêt (§§ 39, 40). Le développement du *jus gentium* rendit le prêt susceptible de sanction, par sa propre vertu, — c'est-à-dire que l'avance et la réception d'argent à titre de prêt, par elle-même, soumit l'emprunteur à l'obligation de le rembourser, lors même qu'il n'était point intervenu d'engagement par stipulation ; la *res*, — en l'espèce, le fait de donner et de recevoir *mutui causa* — parachevait le contrat littéral. L'obligation qui en naissait était purement unilatérale, et sanctionnée, quand le prêt portait sur de l'argent, par la même action que la stipulation et le contrat littéral. Cette obligation était si strictement interprétée, que les intérêts du prêt ne pouvaient être réclamés en même temps que le prêt lui-même, la *res* fournie et reçue étant la mesure parfaite de l'obligation de remboursement (37). Les trois autres contrats; — le commodat, le dépôt et le gage, — devinrent des contrats réels indépendants beaucoup plus tard que le *mutuum* et peut-être pas tous à la même époque ; et il paraît bien qu'aucun d'eux ne le devint que fort avant sous la république. Ils étaient, sans doute, tous connus depuis longtemps comme transactions de la vie journalière : la difficulté est de dire

lohde, *Zur Gesch. d. benannten Realcontracte*, Marburg, 1870 ; Huschke, *Die Lehre vom Darlehn*, Leipzig, 1882.

(37) Si l'on convenait d'intérêts, le pacte devait être revêtu de la forme de stipulation, qui était en réalité un contrat indépendant, sanctionné séparément.

quand il devinrent, pour la première fois, susceptibles de sanction et de quelle façon.

Il est impossible de donner ici une critique des diverses théories admises sur leur évolution, et qui forcément varient, dans une certaine mesure, à propos de chacun d'eux. Tout ce qu'on peut dire — c'est qu'ils finirent, dans la période dont nous nous occupons actuellement, par être reconnus comme contrats réels indépendants : la *res*, qui rendait le contrat parfait, consistait dans la délivrance d'une chose par une personne à une autre, dans un but particulier, et en convenant que cette chose serait rendue, quand le but aurait été rempli. Et l'on doit noter ceci, — que tandis que le *mutuum* transférait la propriété de l'argent prêté, l'emprunteur étant tenu de rendre, non point les pièces de monnaies identiquement les mêmes, mais simplement une somme égale, dans le gage, il n'y avait que la possession qui passait, et dans le commodat et le dépôt, le prêteur ou déposant retenait à la fois et la propriété et la possession (légale), l'emprunteur ou dépositaire n'obtenant rien de plus que la détention naturelle. Dans tous ces cas, par conséquent, sauf celui de *mutuum* il y avait remise fiduciaire (trust.) Celui qui détenait la chose était tenu, dans une mesure variable suivant les circonstances, d'en prendre soin, comme si elle avait été sienne, et il avait le droit de se faire rembourser les dépenses faites pour la conservation de cette chose ; obligé de la rendre, il était néanmoins excusé, s'il y manquait par une cause dont, en bonne justice, il ne pouvait être rendu responsable. En conséquence, les actions dérivant de ces trois contrats, différentes de celles du *mutuum*, étaient toutes *bonæ fidei* ; le juge était investi d'un pouvoir entièrement discrétionnaire pour déterminer ce qui était équitable et bien dans chaque cas particulier.

SECTION 54. — RÉFORMES DANS LE DROIT DE SUCCESSION.

Le changement le plus important dans le droit de succession pendant la deuxième moitié de la république, fut dû aux préteurs. Non point que la législation, l'interprétation des jurisconsultes ou la pratique du tribunal centumviral l'eussent laissé intact. Comme l'exemple de l'action de la première, nous avons la loi Voconia de 585, en réalité l'œuvre de M. Cato (1), frappant d'incapacités les femmes en matière de succession et limitant le montant que les légataires pouvaient recueillir en vertu de testament (2); la loi *Furia testamentaria* de 571, restreignant également les legs à certain maximum (3); et la loi Falcidie, de 714, assurant aux héritiers au moins un quart de leur hérédité, quelqu'élevée que fût la part laissée aux légataires (4). Nous avons un exemple de l'action des jurisconsultes dans le refus du droit de succéder ab intestat en qualité d'agnates, pour toutes les femmes, sauf les sœurs, restriction qui, nous dit Paul, fut apportée aux termes des XII Tables, par le motif, qui avait inspiré la loi Voconia, (*Voconiana ratione*) (5), et probablement vers la même époque. Nous avons un exemple de l'influence du tribunal centumviral dans la réclamation qu'il permit aux enfants d'intenter contre le testament de leur père, s'il les avait deshérités sans cause, ou ne leur laissait qu'une simple bagatelle, dans son testament : réclamation toutefois

(1) Cic., *De Sen.*, 5, § 14.

(2) G., II. 26. Voir Giraud. *Du vrai caractère de la loi Voconia*, Paris, 1841 ; Bachofen, *Die l. Voconia*, Basle, 1843 ; Mommsen (compte rendu Bachofen) *Krit. Jahrb.* de Richter, vol. IX (1845) p. 1 *sq* ; Vangerow, *De lege Voconia*, Heidelberg, 1863.

(3) G., II. 225 ; IV. §§ 23, 24.

(4) G., II. 225 ; Just., *Inst.*, II. tit. 22.

(5) Paul., *Sent.*, IV. 8, § 22 ; voir aussi G., III. 14.

qui, prenant la forme d'une critique de la santé d'esprit de leur père, n'était point permise si l'on pouvait faire valoir tout autre moyen, civil ou prétorien.

Mais ces changements furent insignifiants, comparés à ceux que réalisèrent les édits des préteurs. Ils introduisirent, sous le nom technique de *bonorum possessio* (6), ce qui était au fond la jouissance utile du patrimoine d'un défunt, sans le titre légal d'hérédité. Bien des choses nous conduisent à la conclusion que la série des dispositions à ce sujet, que nous trouvons dans la consolidation de l'Edit faite par Julien, ne furent pas conçues par un cerveau unique, mais furent l'œuvre d'une succession de préteurs dont quelques-uns sans doute, non plus de l'époque républicaine, mais de l'époque impériale ; et nous avons la preuve que des réformes de grande importance furent greffées sur cette institution par des décisions impériales, après la clôture définitive de l'Edit (7). Il sera, toutefois, à propos de donner ici un aperçu général du sujet dans son ensemble en laissant de côté la considération que certains de ses traits peuvent ne point lui avoir été imprimés, dans la période que nous passons maintenant plus particulièrement en revue.

Justinien, en parlant de l'origine de la *bonorum possessio*, observe qu'en la promettant à celui qui la sollicitait, les préteurs n'étaient pas toujours guidés par

(6) Pour un *résumé* des principales théories (jusqu'en 1870) sur l'origine de la *bonorum possessio*, voir Danz, *Gesch. d. R. R.*, vol. II. § 176. Pour la bibliographie ultérieure, il suffit de mentionner Leist, *Leist-Glück*, vols. I IV., Marburg, 1870-79, et Sohm, *Inst. d. R. R.* p. 330 *sq* [3ᵉ éd. 1888, p. 383 *sq*] où il suggère une explication nouvelle et ingénieuse de l'institution. [Accarias, *droit romain*, 4ᵉ éd. t. I. 1886 p. 1214 *sq;* May, t. I. p. 400 *sq* ; Padel. Cogliolo, p. 504 *sq*.]

(7) Voir des exemples dans G., II, §§ 120, 126 ; *Dig.*, XXVIII, 3, 12, pr.

les mêmes mobiles. Dans certains cas, leur objet était de faciliter l'application des règles du *jus civile*, dans d'autres, de réformer leur application suivant ce qu'ils croyaient être l'esprit des XII Tables, dans d'autres encore, de les écarter comme peu équitables (8). Bien que nous manquions de preuve positive, il n'est pas déraisonnable de supposer que ce fut dans le dessein d'aider le *jus civile* que l'on fit le premier pas dans la voie de ce qui devint graduellement une réforme importante ; et il est extrêmement probable que ce premier pas fut la déclaration, par un préteur, que, dans le cas de contestation sur une hérédité, si on lui présentait un testament ne portant pas moins de sceaux que le nombre requis par la loi, il accorderait la possession des biens du défunt à l'héritier nommé dans ce testament (9). Il n'y a là, en cet état, qu'une réglementation de la possession des *bona* de l'hérédité, en laissant pendante la question du droit légal. De même qu'entre deux parties se disputant la propriété d'un corps certain, dans une *rei vindicatio*, le préteur réglait premièrement la question de possession intérimaire, de même il promettait de le faire ici, quand une question était sur le point de s'élever, au sujet du droit à une hérédité *(si de hereditate ambigitur)*. C'était un arran-

(8) *Inst.*, III, 9, pr. et § 1, (*confirmandi, emendandi, impugnandi veteris juris gratia*).

(9) Cic., *In Verr. II*, 1, 45, § 117. Il dit (écrivant en 684) que l'édit qui existait à cette effet était déjà *tralaticium* (*supra*, § 49), *i. e.*, avait été adopté une année après l'autre par une série de préteurs. Gaius (II, 119) désigne le nombre de sept au moins comme nombre de sceaux exigé ; *i. e*, ceux du *libripens* et des cinq citoyens témoins (*supra* p. 220) et de l'*antestatus*, dont les fonctions ne sont pas bien connues, mais dont la désignation officielle, jointe à son sceau, se rencontre si régulièrement qu'elle ne laisse point de doute qu'il était le septième.

gement purement provisoire et vraiment très nécessaire, en présence de la législation qui permettait à un tiers, sans aucune apparence de titre, d'obtenir et d'achever une *usucapio pro herede*, par un an de possession des objets de l'hérédité (p. 232). Même à l'époque de la clôture de l'Edit, ce n'était pas nécessairement plus qu'une concession provisoire ; si, en effet, il apparaissait des héritiers légitimes du défunt, prouvant que, bien que le testament portât à l'extérieur le nombre de sceaux requis, en fait, pourtant, quelque solennité d'exécution, telle que la *familiae venditio* ou la *testamenti nuncupatio* (p 219), avait été omise, le concessionnaire était obligé de leur abandonner la possession, qui lui avait été accordée pendant l'enquête (10). Ce fut seulement un rescrit de Marc-Aurèle, qui déclara que le moyen invoqué par les héritiers légitimes, pour faire annuler un testament en se fondant sur le défaut de formalités d'exécution pourrait échouer contre une *exceptio doli* (11), en vertu du principe qu'il était contraire à la bonne foi d'écarter les vœux du testateur à cause d'une objection technique de pure forme. C'est ainsi que la *bonorum possessio secundum tabulas i. e.* conformément à un testament, donnée, à l'origine pour seconder le *jus civile*, fut, avec le temps, transformée en un moyen de le contredire.

Il est évident que les motifs et les buts des préteurs successifs, qui édifièrent le droit de la *bonorum possessio*, durent varier avec le cours des années ; une fois le procédé imaginé, il n'y avait rien de plus facile que de l'appliquer à de nouvelles idées. Le préteur ne pouvait faire un héritier, — il s'en défendit toujours (12) ; mais il pouvait donner

(10) G., II, 119.
(11) G., II, 120.
(12) G., III, 32 ; *Inst.*, III, 9, 2.

à quelqu'un, héritier ou non, les avantages réels de l'hérédité, et le protéger dans cette jouissance par des moyens prétoriens. Il lui donnait la possession des biens du défunt, avec des moyens sommaires pour les recueillir, de façon que, une fois entre ses mains, ils devinssent sa propriété en droit quiritaire à l'expiration du délai d'usucapion (13); et en interpolant dans la *formula* une fiction de la qualité d'héritier, il lui accordait des actions personnelles efficaces contre les débiteurs du défunt, et, de la même manière, le rendait responsable envers les créanciers du défunt (14).

Une autre espèce de *bonorum possessio* était la *bonorum possessio contra tabulas*, — contraire aux termes d'un testament. Si le testateur n'avait ni institué ni expressément déshérité un fils, qui était l'un de ses *sui heredes*, alors son testament était frappé de nullité, et l'enfant omis n'avait pas besoin d'un remède prétorien. Quand des *sui heredes* autres que des fils avaient été omis, le *jus civile* leur permettait de prendre part avec les héritiers institués, par une sorte d'accroissement (15). L'édit alla plus loin : si l'institué était un étranger, *i. e.*, n'était pas frère ou sœur de l'enfant omis, alors, et sur la demande de ce dernier, le préteur lui donnait à lui et aux autres *sui*, concourant avec lui la possession de tout le patrimoine du défunt, ne laissant à l'institué que le titre nu d'héritier (16). Une autre application de la *bonorum possessio contra tabulas* avait lieu dans le cas d'enfants émancipés du testateur. En vertu du *jus civile*, il n'était pas tenu de les instituer ou de les exhéréder : car, par leur

(13) G., III §§ 34, 80, IV, 144.
(14) G., II, 81, IV, 34 ; Ulp. XXVIII, 12.
(15) G., II, 124.
(16) G., II, 125.

émancipation, ils avaient cessé d'être *sui heredes*, et avaient perdu ce droit au patrimoine de famille que l'on mettait en avant comme la raison qui obligeait de les mentionner dans le testament de leur *pater familias* (p. 221). Les préteurs, — mais non pas, sans aucun doute avant l'empire, et à l'époque où les doctrines du *jus naturale* étaient en voie d'être reconnues plus librement (§ 55), — les placèrent sur le même pied que les enfants non émancipés, exigeant qu'eux aussi fussent institués ou exhérédés, et leur accordant la *bonorum possessio*, s'ils ne l'étaient point (17). C'était une *bonorum possessio contra tabulas* en ce sens, — qu'elle dépouillait les héritiers institués, soit pour le tout, soit pour partie, pour le tout, quand les institués n'étaient point enfants du défunt, pour partie, quand ils l'étaient. Dans le dernier cas, au moins quand elle atteignait des *sui*, la *bonorum possessio* n'était concédée que sous cette condition très équitable, — que les concessionnaires rapporteraient, mettraient au partage toutes leurs propres acquisitions depuis leur émancipation (18). Sans l'émancipation, ces acquisitions auraient appartenu au testateur, et auraient été comprises dans sa succession ; il n'était que juste que, y réclamant une part, comme s'ils n'avaient point été émancipés, ils y apportassent ce qui, en ce cas, en aurait fait partie.

La troisième espèce de *bonorum possessio* était celle qui était accordée *ab intestato*. Comme on l'a fait voir dans une section précédente (§ 32), les règles du *jus civile* sur la succession ab intestat étaient extrêmement strictes et artificielles. Elles n'admettaient ni les enfants émanci-

(17) Ulp., XXVIII, 2.
(18) Ulp., XXVIII, 4.

pés ni les agnats qui avaient subi une *capitis deminutio* : elles n'admettaient point d'agnates, sauf les sœurs : si l'agnat ou les agnats les plus proches refusaient la succession, le droit ne passait pas à ceux du degré subséquent : les simples cognats — parents du défunt qui n'étaient point agnats, *e. g.*, petits-enfants ou autres unis à lui par les femmes, et agnats *capite minuti*, n'étaient point admis du tout ; enfin la veuve ne prenait aucune part, à moins qu'elle n'ait été *in manu* du défunt et par conséquent *filiæ loco*. Les préteurs réformèrent tous ces points et frayèrent jusque là la route à la révolution accomplie par Justinien dans le droit de succession ab intestat.

Les classes qu'ils établirent furent les suivantes : 1° Destituant les *sui heredes* du *jus civile*, ils donnèrent la première place aux descendants *(liberi)* et comprirent dans ce terme tous ceux que le défunt aurait été tenu, en vertu, soit du *jus civile*, soit de l'Edit, d'instituer ou d'exhéréder, s'il avait fait un testament, savoir : sa veuve, si elle avait été *in manu* lors de sa mort, ses fils et ses filles par le sang, qu'ils fussent *in potestate* au moment de sa mort, ou émancipés, les représentants des fils prédécédés (19), et les enfants adoptifs dans sa *potestas* au moment de sa mort (20). 2° A défaut de *liberi*, le droit à demander la *bonorum possessio* s'ouvrait au profit des plus proches agnats collatéraux du défunt mort intestat, sous leur ancien nom de *legitimi heredes* (21). 3° En

(19) Les enfants des filles ne furent admis dans cette classe que dans les derniers temps de l'empire ; car ils étaient regardés comme membres de la famille de leur grand père paternel et non de leur grand père maternel.

(20) G., III §§ 26, 63 ; Ulp., XXVIII, §§ 7, 8.

(21) Ulp., XXVIII, 7.

vertu du *jus civile*, à défaut d'agnats (et de *gens* là où il y en avait), la succession était vacante et devait échoir au fisc, à moins d'avoir été par hasard usucapée par un étranger possesseur *pro herede*. La fréquence de vacances de ce genre fut beaucoup diminuée grâce à la reconnaissance, par les préteurs, du droit des *cognats* à réclamer la *bonorum possessio* en troisième lieu. Qui eurent-ils, à l'origine, en vue, sous le nom de « cognats », c'est ce qu'il est impossible de dire. L'épithète est fréquemment appliquée par les auteurs modernes aux parents par les femmes ; mais, dans son sens le plus large, elle comprenait tous les parents, sans exception, et, dans un sens plus limité, tous les parents n'ayant pas qualité pour exercer des prétentions à titre d'agnats. On y comprenait, par conséquent, quoiqu'il soit très probable que la liste n'en fut point dressée en une seule fois, mais à diverses reprises, et sous l'action d'une série de préteurs, — non pas seulement les parents par les femmes (qui n'étaient point agnats), mais aussi les agnats de degré plus éloigné qui se trouvaient exclus comme tels, parce que les agnats plus proches existants avaient refusé, ceux qui avaient été agnats, mais, par suite de *capitis minutio*, avaient perdu ce caractère, les agnates au-delà du degré de sœurs, et les enfants du défunt intestat, qui étaient, à l'époque de sa mort, dans une famille adoptive (22). Toutes ces personnes venaient suivant leur degré de proximité (4). Enfin le droit passait au survivant des mari et femme (23) toujours en supposant que leur mariage n'eut point entraîné *manus* (24). Cette liste constitue l'ordre prétorien de succession ab intestat.

(22) Voir G., III, §§ 27-31 ; Ulp., XXVIII, §§ 7, 9.
(23) Ulp., XXVIII, 7.
(24) Les dispositions de l'édit, aussi bien que celles du *ju csivile*, à

Toutes ces *bonorum possessiones* devaient être sollicitées formellement. Dans les *bonorum possessiones ab intestato*, les descendants avaient un an pour le faire, tandis que les autres personnes étaient limitées à cent jours ; le délai, pour ceux qui venaient en second lieu, commençait quand celui des appelés en premier lieu était expiré, et ainsi de suite. La concession était toujours faite aux risques de celui qui l'avait sollicitée, elle ne lui assurait rien ; elle pouvait aboutir à un droit réel et solide *(cum re)* ou être purement nominale (*sine re*), suivant que le concessionnaire arrivait ou non à maintenir son droit contre l'héritier du *jus civile*. Ce dernier, en effet, avait la faculté de s'en tenir au titre qu'il tenait de la loi ou du testament, sans avoir recours à la *bonorum possessio*, bien qu'en fait il la demandât souvent à cause des moyens sommaires qu'elle lui procurait pour recueillir les biens du défunt.

propos de la succession du patron sur les biens de son affranchi, différaient forcément, à bien des égards, de celles qui ont été expliquées plus haut, et dans la § 32. Elles étaient très compliquées ; mais n'ont point à être exposées ici.

PARTIE IV

LE JUS NATURALE ET L'ÉPANOUISSEMENT DU DROIT ROMAIN

L'EMPIRE JUSQU'À DIOCLÉTIEN.

PARTIE IV

LE JUS NATURALE ET L'ÉPANOUISSEMENT DU DROIT ROMAIN

L'EMPIRE JUSQU'A DIOCLÉTIEN.

CHAPITRE PREMIER

CARACTÈRES ET ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU DROIT PENDANT CETTE PÉRIODE

SECTION 55. — CARACTÈRES EN GÉNÉRAL ET RECONNAISSANCE D'UN « JUS NATURALE » EN PARTICULIER.

Les trois premiers siècles de l'Empire furent témoins de l'apogée de la jurisprudence, et du commencement de son déclin. Pendant cette période, l'histoire du droit ne présente pas de ces grands mouvements comme la publication des XII Tables, le commencement de l'Edit du préteur, la reconnaissance du simple consentement, comme élément productif d'un lien contractuel, ou l'introduction d'une nouvelle forme de procédure judiciaire : l'établissement d'une classe de jurisconsultes patentés, parlant comme organes du prince, et l'admission de tous les sujets libres de l'empire aux privilèges du droit de cité, sont à peu près les seuls événements isolés, que l'on puisse

montrer comme ayant produit des résultats importants et durables. Il y eut, à la vérité, quelques changements radicaux dans des institutions particulières, tels que la législation caducaire d'Auguste, destinée à élever le niveau de la moralité domestique, et à augmenter le nombre des mariages féconds, ainsi que la législation du même empereur et de ses successeurs immédiats, pour réglementer la condition des esclaves affranchis ; mais ces réformes, tout en étant de grande importance en elles-mêmes, et bien que la première ait exercé son influence sur la marche du droit pendant des siècles, n'y laissèrent néanmoins pas d'impression permanente. Ce fut par des efforts beaucoup moins imposants que le droit atteignit la perfection à laquelle il arriva sous les souverains de la maison des Sévères, — par un progrès persévérant sur des voies déjà tracées dans les dernières années de la république. La sphère du *jus Quiritium* devint de plus en plus circonscrite, et les formalités du *jus civile* furent abandonnées l'une après l'autre. La *manus* du mari disparut de la pratique; la *patria potestas* du père diminua beaucoup d'importance, quand on reconnut la possibilité, malgré elle, d'un patrimoine séparé et indépendant pour l'enfant ; les esclaves purent être affranchis par un mode non solennel ; les *res mancipi*, passèrent constamment par simple tradition, le droit du cessionnaire étant garanti par l'action Publicienne ; les servitudes et autres droits réels constitués sans les formes régulières, conservèrent leur efficacité *tuitione prætoris* : l'acceptation de succession par un héritier, put être accomplie par une indication quelconque de son intention, sans observer la *cretio* solennelle du droit primitif, et bien des conventions se rattachant aux contrats consensuels, mais modifiant de façons diverses leur portée naturelle, que l'on avait l'ha-

bitude de revêtir des paroles de la stipulation, arrivèrent à être pourvues de sanction par la seule vertu de pactes concomitants dépourvus de forme.

La préférence accordée par les jurisconsultes et les juges au *jus gentium* sur le *jus civile*, ne suffit pas à rendre compte de ces changements et de bien d'autres dans le même sens, non plus que de la tendance, dont on trouve des preuves toujours croissantes, à subordonner la parole et le fait à la volonté qui leur avait donné naissance. Cela doit être attribué plutôt aux aspirations de plusieurs vers un idéal plus élevé, auquel on donna le nom de *jus naturale* (1). On dit quelquefois que la notion du *jus naturale*, distinct du *jus gentium*, était particulière à Ulpien et qu'elle ne trouva point d'accueil chez les jurisconsultes Romains en général. Mais cela est inexact. Justinien, il est vrai, a extrait au Digeste, et, mis en tête de ses Institutes (2), un passage d'un ouvrage élémentaire d'Ulpien, où il parle d'un *jus naturale* commun à l'homme et aux animaux inférieurs, et qui est au fond l'instinct. Ceci est un droit de nature, dont il est tout à fait vrai de dire, que nous ne trouvons aucun autre jurisconsulte en tenir compte. Mais beaucoup d'entre eux font à diverses reprises allusion au *jus naturale* : et Gaïus est le seul (et Justinien à sa suite) qui le prenne occasionnellement comme synonyme de *jus gentium* (2 *bis*). Il est hors de

(1) Voir Voigt, *Das Jus naturale.... der Römer*, particulièrement vol. I, §§ 52-64, 89-96 ; Maine, *Ancient Law*, ch. III.

(2) *Dig.*, I, 1, fr. 1, § 3 ; *Inst.*, I, 2, pr.

2 *bis*. On a cité un passage de Paul (*Dig.*, L, 17, 84, § 1) et deux de Marcien (*Dig.*, I, 8, fr. 2, fr. 4) comme indiquant qu'ils identifiaient, dans leur esprit, le *jus naturale* et le *jus gentium*. Je ne puis pas les lire ainsi. Paul et Marcien mentionnent simplement certaines règles et doctrines du *jus gentium*, comme étant des règles et doctrines naturelles, tout comme beaucoup de jurisconsultes parlent des règles et doctrines naturelles du *jus civile*.

doute que ce dernier était beaucoup plus largement imbu de préceptes de la loi naturelle que le *jus civile* ; mais il est impossible de dire qu'ils fussent identiques ; il suffit de citer un seul exemple indiqué mainte fois dans les textes, — que, tandis que l'un autorisait l'esclavage, l'autre le condamnait. Le *jus civile* s'attachait aux intérêts des citoyens seuls, le *jus gentium* à ceux des hommes libres sans égard à leur nationalité ; le droit naturel avait théoriquement un champ plus large, et embrassait dans ses vues l'humanité tout entière. Nous sommes certains que la doctrine du *jus gentium* s'accordait avec celle du *jus civile*, pour considérer l'esclave simplement comme un meuble ; cependant nous voyons le *jus civile*, une fois imprégné du *jus naturale*, reconnaître à l'esclave l'accès de bien des droits ; et même concéder qu'il puisse être débiteur ou créancier par contrat (3), quoique son obligation ou sa créance ne pût recevoir effet qu'indirectement, puisqu'il ne pouvait ni poursuivre, ni être poursuivi.

Voigt résume ainsi les caractères de ce *jus naturale* spéculatif des Romains : — (1) il était potentiellement applicable universellement à tous les hommes (2), chez tous les peuples, et (3) en tous temps ; et (4) il correspondait à la notion innée du droit (*innere Rechtsüberzeugung*) (4). Il en formule ainsi les propositions recueillies dans les écrits des jurisconsultes de l'époque : — (1) reconnaissance des droits du sang (*sanguinis vel cognationis ratio*) ; (2) devoir de fidélité aux engagements, — *is natura debet..... cujus fidem secuti sumus* (5) ; (3)

(3) Ulp., au *Dig.*, XLIV, 7, fr. 14 : « Servi.... ex contractibus civiliter non obligantur ; sed naturaliter et obligantur et obligant. »

(4) Voigt, *l. c.*, p. 304.

(5) Paul., au Dig., L. 17, fr. 84, § 1.

répartition de l'avantage et du désavantage, du gain et de la perte, suivant la mesure de l'équité ; (4) suprématie de la *voluntatis ratio* sur les paroles ou la forme dans lesquelles la volonté est manifestée (6). Ce fut la considération du premier principe, qui conduisit probablement, dès les débuts du principat, les préteurs à placer les enfants émancipés sur un pied d'égalité avec les non émancipés, en matière de succession, et à admettre les parents collatéraux par les femmes à côté des parents par les mâles ; ce fut également ce qui, sous les règnes respectifs d'Hadrien et de Marc Aurèle, amena le Sénat à accorder à la mère un droit de succession préféré sur les biens de ses enfants et *vice versa*. Ce fut la considération du deuxième principe qui conduisit à reconnaître la validité de ce qu'on appela une obligation naturelle, — obligation qui, par suite de quelque défaut de forme, ou de quelque particularité dans la condition des parties, restait ignorée du *jus civile*, et incapable de servir de base à une action, pour la sanctionner, mais qui néanmoins pouvait recevoir effet indirectement, par d'autres moyens d'équité. Prendre en considération le troisième principe n'était rien de neuf dans la jurisprudence de cette période ; la république avait déjà admis comme règle qu'on ne pouvait s'enrichir injustement au dépens d'autrui ; toutefois les jurisconsultes de l'empire donnèrent à la règle une plus grande étendue d'application qu'auparavant, et l'employèrent comme clef pour arriver à la solution de bien des questions difficiles dans le domaine du droit des obligations. Quant au quatrième, c'était un principe à appliquer délicatement, car

(6) Voigt, *l. c.*, pp. 321-323 [Scialoia, *Responsabilità e volontà*, Rome, 1885 ; Eisele, *Ueber Nichtigkeit obligatorischen Verträge gegen Mangels an Willensübereinstimmung der Contrahenten*, Jena, 1887.]

la *voluntas* ne pouvait, d'après l'équité, l'emporter sur sa manifestation, au préjudice des autres parties qui avaient agi en toute bonne foi, d'après ces manifestations extérieures. Nous avons bien des preuves de l'habileté avec laquelle la matière fut traitée : l'opinion théorique tenue en échec par des considérations d'intérêt individuel et d'utilité générale.

Il est bien juste de prendre en considération cette remarque de Voigt à ce sujet, — que les risques, qui naissaient de l'établissement du *jus naturale* spéculatif dérogeant aux règles du *jus civile*, furent grandement diminués par la position occupée par les jurisconsultes du haut empire. Leur *jus respondendi* (§ 59) faisait d'eux des organes législatifs de l'état ; de sorte qu'en introduisant des principes de *jus naturale*, ou *d'aequum et bonum*, ils les rendaient au même instant règles de droit positif, et leur donnaient force de loi. Ils étaient, dit-il, « des philosophes dans la sphère du droit, en quête de la vérité dernière ; mais en cherchant, — d'ordinaire à propos d'une espèce concrète, — la vérité et appliquant ce qu'ils avaient trouvé, ils unissaient à la liberté et à l'indépendance de la spéculation, la vigueur vivifiante de la pratique et le pouvoir d'assurer l'efficacité de leurs propositions abstraites (7). »

Il y a une autre locution qui se rencontre fréquemment dans les écrits de certains jurisconsultes de l'époque, et à laquelle Voigt consacre une attention spéciale. Suivant Gaius et Paul, tout a sa nature propre, — réunion de ce qui caractérise son but essentiel et ses propriétés et particularités spéciales. Il y a une nature pour l'homme, une

(7) Voigt, *l. c.*, p. 341.

nature pour les animaux, une nature pour chaque chose particulière, une nature pour chaque sorte de contrat, d'action, etc. Dans chacune de ces « natures », on peut observer une force ordonnatrice et une règle déterminante. C'est là sa *naturalis ratio*. Le produit de ces *rationes* est la *lex naturæ*, et la substance de la *lex naturæ* constitue un *jus naturale*. « La philosophie du droit de Gaius et de Paul commence par la *naturalis ratio* » (8).

SECTION 56. — INFLUENCE DES CHANGEMENTS CONSTITUTIONNELS.

Les changements dans la constitution ne contribuèrent pas peu au courant de la législation. Des hommes de race étrangère montèrent sur le trône, et peuplèrent le sénat ; orgueilleux, il est vrai, de l'histoire et des traditions de Rome, en bien des cas pourtant, affranchis de préjugés en faveur des institutions qui ne se recommandaient que par leur antiquité. La vie militaire n'avait plus la même attraction que pendant la république ; il n'y avait plus de tribunat, auquel les hommes d'ambition pussent aspirer ; les comices cessèrent bientôt d'offrir un débouché à l'éloquence publique : de façon que les gens instruits et du monde en eurent d'autant plus de motifs de se consacrer à l'étude consciencieuse et à la pratique régulière du droit. Cela fut fortement encouragé par Auguste, qui créa une classe de jurisconsultes autorisés ou patentés ayant privilège pour répondre aux questions qui leur étaient soumises par les juges, et cela *ex auctoritate principis* (§ 59) ; plus encore peut-être par la réorganisation, par

(8) Voigt, *l. c.*, pp. 270-274.

Hadrien, du conseil privé impérial, dans lequel des sièges furent attribués, dans une large proportion, à des jurisconsultes de distinction. Plusieurs empereurs comptèrent des jurisconsultes parmi leurs amis les plus intimes et les plus fidèles. A maintes reprises, ils remplirent la fonction de préfet du prétoire, la plus haute immédiatement après la dignité impériale. Papinien, Ulpien et Paul, l'occupèrent sous les règnes de Septime Sévère et d'Alexandre Sévère. Ainsi la science du droit n'était pas simplement, dans le nouvel ordre de choses, une profession honorable et lucrative, mais un passeport pour arriver aux places en vue dans l'état, et, jusqu'à la mort d'Alexandre Sévère, la classe des jurisconsultes ne manqua jamais de se recruter parmi les hommes de haute situation et de talent.

Section 57. — Legislation des comices et du Sénat.

Auguste, s'attachant autant que possible à la forme des institutions républicaines, jugea expédient de ne pas rompre avec l'ancien usage de soumettre ses propositions législatives au vote des comices par tribus. Quelques-unes d'entre elles étaient loin d'être insignifiantes. Outre diverses mesures pour la réforme du droit criminel, c'est lui qui fut l'auteur de trois séries d'actes d'une grande importance : la première, pour améliorer la moralité domestique et encourager les mariages féconds, la deuxième, pour faire cesser les inconvénients nés de l'admission trop prodigue des esclaves affranchis aux privilèges du droit de cité, et la troisième, pour réglementer la procédure dans les poursuites publiques et les instances privées.

La première série comprend la *L. Julia de adulteriis cœrcendis* de 736 (instamment réclamée à cause de la li-

cence qui régnait : son titre indique sa tendance (1), et la *Lex Julia et Papia Poppæa*. Cette loi. — volumineux code matrimonial. — exerça pendant deux ou trois siècles une influence telle, qu'elle fut regardée comme une des sources du droit, presque au même degré que les XII Tables ou l'Edit consolidé par Julien (2). Elle prit son origine dans la *Lex Julia de maritandis ordinibus*, qui fut approuvée par le sénat en 726, mais rencontra une opposition si violente, que ce ne fut qu'en 736 qu'elle passa devant les comices. Trouvant, par expérience, que ses dispositions étaient insuffisantes pour atteindre son objet, Auguste, en 757 (4 A. D.), en introduisit une édition amendée, qu'il ne réussit à faire passer qu'en accordant un délai de trois ans, ensuite porté à cinq, avant sa mise à exécution. Cela la recula jusqu'en 762 (9 A. D.), année en laquelle les consuls M. Papius et Q. Poppæus firent passer un supplément à la loi. Le tout réuni prit le nom de *Lex Julia et Papia Poppæa* : mais fut souvent désigné sous d'autres noms et de plus simples, très fréquemment sous le nom de *Lex Julia* ou *lex caducaria*. Ses dispositions principales avaient pour but d'empêcher les mésalliances — les mariages entre hommes d'un rang élevé et femmes de basse classe ou de caractère immoral (3), tout en sanctionnant néanmoins expressément le con-

(1) Pour le compte rendu de ses dispositions, voir Rudorff, *Röm. RG.*, vol. I, p. 88 *sq.* Elle fut l'objet de commentaires nombreux, faits par les jurisconsultes de l'époque des Antonins et des Sévères.

(2) Des essais de restitutions ont été faits entre autres par Jac. Gothofredus, dans ses *Fontes IV jur. civ.*, Genève, 1638 : Heineccius, *Ad l. Jul. et Pap. Popp. comm.*, Amsterdam, 1731 : Den Tex et Van Hall, *Font. III jur. civ.*, Amsterdam, 1840. Pour un aperçu de ses dispositions, voir Rudorff, *Röm. RG.*, vol. I, p. 64 *sq* ; et pour le compte rendu des ouvrages des jurisconsultes sur la loi, Karlowa, *Röm. RG.*, vol. I, p. 618 *sq.*

(3) Cette partie de la loi fut abrogée par l'empereur Justin, sur les instances de son neveu Justinien, qui y trouvait un obstacle à son mariage avec Théodora.

cubinage ; de forcer les hommes et les femmes d'un certain âge à se marier et à avoir des enfants, en déclarant les personnes non mariées incapables (sous certaines conditions) de rien recueillir de ce qui leur advenait en vertu d'un testament, et les personnes mariées, mais sans enfants, incapables de recueillir plus de la moitié ; les dispositions caduques (*caduca*) arrivaient aux autres personnes nommées dans le testament et qui satisfaisaient aux exigences de la loi, et, à leur défaut, au fisc ; — également de récompenser les mariages féconds, en relevant de la tutelle de leurs agnats ou patrons les femmes qui avaient mis au monde un certain nombre d'enfants, et en concédant divers autres privilèges à la fois aux pères et aux mères d'enfants nés en mariage ; enfin de réglementer le divorce, en exigeant une répudiation expresse et solennelle, et en en fixant légalement les conséquences en ce qui concernait les intérêts des parties dans les dispositions matrimoniales. Malgré les bonnes intentions de la loi, le langage de Juvénal et d'autres fait concevoir des doutes sur le point de savoir si elle ne fit pas en réalité plus de mal que de bien. Beaucoup de ses dispositions furent abrogées par les empereurs chrétiens ; d'autres tombèrent en désuétude ; et il reste à peine trace de ses traits distinctifs, dans les livres de Justinien.

La deuxième série de lois à laquelle il a été fait allusion plus haut, comprenait la loi *Ælia-Sentia* de l'an 4 A. D., la loi *Fufia Caninia*, de l'an 8, et la loi *Junia Norbana* de l'an 19 (4), — la dernière portée en réalité sous le règne

(4) Il s'est élevé récemment une grande controverse sur la date de la loi Junia Norbana, et ses rapports avec la loi Aelia Sentia. Voir Romanet du Caillaud, *De la date de la loi Junia Norbana*, Paris, 1882 ; Cantarelli, « I latini Juniani, » *Arch. Giur.*, vol. XXIX (1882) p. 3, *sq.*,

de Tibère, mais préparée sans doute par Auguste; elles seront mentionnées dans une section subséquente (§ 66). La troisième série comprenait les deux *Leges Juliæ judiciariæ*, dont nous ne savons pas grand chose. Celle qui réglait la procédure dans les procès privés, est la même qui est mentionnée par Gaius comme ayant complété l'œuvre de la loi *Æbutia* (p. 312), en substituant le système formulaire à celui *per legis actiones* (5). Ce doit avoir été une loi assez compréhensive, puisqu'un passage des Fragments du Vatican fait allusion à une disposition de la vingt-septième section (6). Notre ignorance de son contenu, à part un ou deux détails insignifiants, est, par suite, d'autant plus regrettable.

La Loi Junia Norbana fut à peu près le dernier effort de la législation des comices; car, bien que l'on trouve des allusions fréquentes à une *Lex Claudia*, abolissant la tutelle légitime des femmes, il y a quelque raison de penser que c'était en réalité un sénatusconsulte (7). Il est également vrai qu'il existe au Musée du Capitole les restes d'une *Lex de imperio Vespasiani* de l'année 70 A. D. (8);

vol. XXX (1883) p. 41 *sq*; Schneider, « Die Lex Junia Norbana, » *Z. d. Sav. Stift.*, vol. V., *R. A.*, (1884), p. 225 *sq*; Labbé, app. à la 12[e] éd. d'Ortolan, *Histoire de la législation romaine* (Paris, 1884), p. 791 *sq*; Cantarelli, « La data della legge Jun Norbana, » *Arch. Giurid.* » vol XXXIV (1885) p. 38 *sq*; Hölder, « Zum gegenseitigen Verhältnisse d. lex Ael. Sent. und Jun. Norb., » *Z. d. Sav. Stift.*, vol. VI (1885), *R. A.*, p. 205 *sq*.

(5) G., IV. 30.

(6) *Vat. Frag.*, 197.

(7) L'index du *Corpus legum ab imperatorib. Roman. ante Justinianum latarum* de Hænel (Leipzig, 1857) ne mentionne pas moins de quatorze senatusconsultes de Claude; on ne voit pas pour quelle raison on aurait eu, dans ce cas particulier, recours à une *lex*. On doit noter que Gaius, après avoir, I, § 84, traité de sénatusconsulte l'un de ces actes de Claude, le mentionne de nouveau, § 86, comme *eadem lex*.

(8) Publié dans Bruns p. 128 *sq*. Il paraît probable que c'était l'application à Vespasien de la *Lex regia*, dont Gaius (I, 6) et Justinien (*Inst.*, I, 2, 6) disent que les empereurs tiraient leur pouvoir législatif.

mais son langage montre qu'elle aussi doit avoir été un sénatusconsulte, bien qu'il se puisse qu'elle ait reçu postérieurement l'assentiment solennel des licteurs, représentant les anciens comices par curies, qui avaient la prérogative d'accorder l'*imperium*. Il y a encore la *Lex Malacitana* et la *lex Salpensana*, chartes accordées par Domitien aux municipalités de Malaga et de Salpensa (9); monuments d'un grand intérêt historique, mais qui ne sont pas plus des décisions émanées des comices que la *Lex metalli Vipascensis* (10), — concession du droit d'exploiter certaines mines de plomb en Portugal. Les lois de cette sorte étaient *leges datæ*, — non *leges latæ*.

A partir de Tibère, ce fut le sénat qui travailla désormais à l'œuvre législative, par la raison simple que les comices n'y étaient plus propres (11). Et il semble avoir été très actif. Cela peut avoir tenu, dans une certaine mesure, au fait que tant de jurisconsultes de profession, que la pratique mettaient au courant des points où la loi demandait à être réformée, possédaient des sièges au conseil impérial, dans lequel on préparait les projets de sénatusconsultes. Ce furent les sénatusconsultes qui constituèrent les principaux facteurs législatifs de ce que

(9) Des parties considérables de ces lois ont été découvertes en 1851, près de Malaga. Elles ont été publiées dans Bruns pp. 130-141. Elles ont été commentées par Berlanga, Mommsen, Laboulaye, Arndts, Giraud, Van Lier, Van Siwnderen, etc. Voir une notice de la bibliographie dans Bruns, p. 130. Le travail le plus important est celui de Mommsen, *Die Stadtrechte d. latin. Gemeinde Salpensa u. Malaca*, Leipzig, 1855.

(10) Découverte à Aljustrel, l'ancien Vipascum, en 1876. Probablement de la deuxième moitié du premier siècle après le Christ. Publiée dans Bruns, pp. 141-145. Bibliographie sur la matière, p. 142 : à laquelle on peut ajouter Berlanga, *Los Bronces de Lascuta, de Bonanza, y de Aljustrel*, Malaga, 1881-84.

(11) Pomponius, au fr. 2, § 9 *Dig.*, *De origine juris* (I, 1).

les empereurs et les juristes appelèrent le *jus novum*, — un droit qui s'écartait souvent très considérablement des principes de l'ancien *jus civile*, qui était beaucoup plutôt en harmonie avec celui de l'Édit, et aurait pu, dans une large mesure, être introduit par ce dernier moyen, si l'autorité des préteurs n'avait point été éclipsée par celle du prince. A la fin du deuxième et au commencement du troisième siècle, la suprématie de ce dernier dans le sénat, devint vraiment trop prononcée : on cita l'*oratio*, par laquelle il lui avait soumis un projet de loi, au lieu de la résolution qui lui donnait la sanction législative. Il n'est pas douteux qu'il devait avoir été par avance l'objet d'un examen soigneux au conseil impérial, et qu'il avait rarement besoin de discussion ultérieure ; mais l'ignorance de l'acte solennel qui le suivait, tendait à tort à accentuer la part qu'y avait prise le souverain, et donna d'autant plus de facilité aux empereurs, après Alexandre Sévère, pour se dispenser entièrement de cet usage consacré par le temps (12).

Section 58. — La Consolidation de l'Édit perpétuel.

Les édits des préteurs, qui avaient atteint des proportions très considérables avant la chute de la république, reçurent certainement quelques additions dans les premiers temps de l'empire. Mais ces magistrats ne possédèrent pas longtemps la même indépendance qu'autrefois : il y avait, dans l'état, un *imperium* plus élevé que le leur,

(12) En la forme, les sénatusconsultes n'avaient rien du caractère impératif de la *lex*. Les consuls ou l'empereur, présidents, soumettaient leurs propositions en langage simple (*senatum consulu runt*, *verba fecerunt*) et le sénat approuvait (*censuerunt*) Voir des exemples dans Bruns pp. 145-164.

(1) Voir Karlowa, *Röm. RG.*, vol. I, § 82 [Pad Cogl. p. 410 *x*.]

et devant lequel ils hésitaient à porter les mains sur le droit, avec la hardiesse de leurs prédécesseurs. Ils continuèrent, comme auparavant, à publier annuellement, à leur entrée en charge, les édits qui leur avaient été transmis à travers les générations ; mais leurs propres additions se bornèrent bientôt à de simples amendements rendus nécessaires par les dispositions de quelque sénatusconsulte touchant au *jus honorarium*. Ils cessèrent d'être cette *viva vox juris civilis*, qu'ils avaient été à l'époque de Cicéron, et si quelqu'un avait maintenant droit à l'épithète, c'était l'empereur ; l'édit annuel avait perdu sa *raison d'être*. Hadrien fut d'avis que le moment était venu de mettre son « explicit » c.a.d. de le terminer par écrit, et de lui donner une autre forme plus durable et plus imposante, — de le façonner et de le sanctionner de façon qu'il fût reçu comme loi, non pas simplement comme édit, sur toute la surface de l'empire. En conséquence, il chargea Salvius Julianus, préteur urbain de l'époque (p. 405), de le réviser, dans le dessein de le faire approuver par le sénat, et d'en faire ainsi une partie du droit promulgué.

Cette version révisée, comme les XII Tables, n'existe malheureusement plus. Il y a seulement un très bref exposé que nous possédons, de la révision, — une ligne ou deux dans Eutrope et Aurélius Victor ; et quelques lignes dans deux des préfaces de Justinien aux Pandectes (2). Nous pouvons supposer, d'après ce qui s'y trouve dit, qu'il y avait à la fois un abrégé et un remaniement des édits du préteur urbain ; mais reste la question de savoir dans quelle mesure la consolidation de Julien y a réuni les édits du préteur pérégrin et des autres magistrats qui

(2) Constitution Δέδωκεν, (en tête du Digeste), § 18, et Const. « Tanta » (*Cod.*, I, 17, 2), § 18,

avaient contribué à composer le *jus honorarium*. Ceux des édiles curules, nous dit-on, y étaient compris : Justinien rapporte qu'ils formaient la dernière partie du travail de Julien (3) ; ils peuvent avoir été une sorte d'appendice. Il y a lieu de penser qu'il y inséra tout ce qui, dans les édits des gouverneurs de province, différait de ceux des préteurs ; car Gaius écrivit un commentaire sur l'édit provincial (4) : et cet édit ne peut guère avoir été que la version de Julien, si l'on considère qu'il n'y avait auparavant point d'édit provincial général, mais seulement un certain nombre d'édits particuliers (5). Il paraît plus que probable qu'on traita de la même façon les édits des préteurs pérégrins, pour les éléments qui y étaient contenus et n'étaient point insérés dans les édits de leurs collègues urbains, ou des gouverneurs de province. La consolidation reçut le nom d'*Edictum perpetuum*, dans un sens quelque peu différent de celui qu'on attribuait anciennement aux *edicta perpetua* distingués d'*edicta repentina* (p. 323) : après l'approbation d'Hadrien, elle semble avoir été formellement sanctionnée par un sénatusconsulte. Ce fut ainsi un chapitre clos, du moins en ce qui concernait les préteurs ; bien que l'édit ait pu continuer, pendant un certain temps, à tenir sa place sur leur album, avec ses formulaires d'actions, ils n'avaient plus désormais le pouvoir d'y faire aucun changement ni addition. Il avait cessé d'être une simple émanation de leur *imperium* et était devenu matière de législation : le pouvoir de l'interpréter et de le réformer n'était plus entre leurs mains, mais entre celles de l'empereur (6).

(3) Const. Δέδωκεν, § 5.

(4) Voir l'index Florentin, dans la grande édition du Digeste, de Mommsen, vol. I, p. LIII, 1°

(5) Mommsen, *Z. f. R G.*, vol. IX (1870), p. 96.

(6) Julien, au *Dig.*, I, 3, fr. 11.

L'Edit de Julien ne paraît pas avoir été divisé en livres, mais seulement en titres munis de rubriques (7); et le sentiment général est que les formulaires d'actions étaient scindés et distribués aux places qui leur étaient propres. L'arrangement n'est pas difficile à découvrir, en comparant les divers commentaires faits sur cet édit, en particulier ceux d'Ulpien et de Paul, qui comprenaient chacun plus de quatre-vingts livres. D'abord venait une série de titres, traitant des bases et des premier actes de toute procédure légale, — juridiction, citations, intervention de mandataires ou procureurs, etc.: en deuxième lieu, l'instance ordinaire en vertu de la *jurisdictio* du magistrat ; en troisième, l'instance extraordinaire, à l'origine, en vertu de son *imperium ;* en quatrième, l'exécution contre les débiteurs, à la suite de jugement, les faillis, etc.; en cinquième, les interdits, les exceptions et les stipulations prétoriennes, et en dernier lieu, les moyens donnés par les Ediles (8). Les citations de l'Edit de Julien, insérées dans les fragments des ouvrages des commentateurs conservés par Justinien (9), ont donné lieu à des tentatives répétées de le reproduire. La plupart de ces reproductions ne consistent qu'en copies littérales ou en essais de reconstitution de passages du Digeste, que l'on suppose avoir été empruntés à l'Edit ; elles sont relativement de peu de valeur. Les seuls efforts vraiment scientifiques et

(7) Plusieurs de ces titres avec rubriques sont mentionnés dans les extraits des commentaires de l'Edit, conservés au Digeste.

(8) Voir Lenel (*op. cit.* note 10) pp. 23-38. C'est en général l'ordre du Digeste et du Code, que Justinien (Cod., I, 17, 1, § 5) ordonna à ses commissaires de composer d'après l'Edit.

(9) Il se peut que nous possédions la plus grande partie du commentaire d'Ulpien, car près d'un cinquième du Digeste lui est emprunté.

de valeur critique réelle sont ceux de Rudorff en 1869 et de Lenel en 1883 (10).

Section 59. — Responsa des Jurisconsultes privilégiés (1).

L'exposé, fait par Pomponius, de l'origine du *jus respondendi ex auctoritate principis* (le pouvoir de donner des consultations de droit en vertu de l'autorité impériale) paraît, à première vue, être un peu contradictoire et laisser dans le doute le point de savoir s'il faut laisser à Auguste ou à Tibère l'honneur de l'avoir introduit. Donner des avis à des clients en public, n'était pas chose nouvelle : Pomponius, lui-même, attribue le commencement de cet usage à *Tiberius Coruncanius*, au commencement du sixième siècle de la ville, et il dit de Scipion Nasica, qu'on lui fit don d'une maison dans la *via sacra*, aux frais du peuple, pour qu'il lui fût plus commode de donner des consultations. Pendant les deux derniers siècles de la république, ce fut un sujet d'ambition pour un patron de recevoir chaque jour une grande affluence de clients ; ils grandissaient son importance et augmentaient son influence. Par conséquent, lorsque Pomponius dit que

(10) Rudorff, *De jurisdictione edictum : edicti perpetui quæ reliqua sunt* Leipzig, 1869, et compte rendu de Brinz, *Krit. V. J S.*, vol. XI, (1870) p. 471 *sq* ; Lenel, *Das Edictum Perpetuum : ein Versuch zü dessen Wiederherstellung*, Leipzig, 1883. Ce dernier remporta le « prix de la Fondation Savigny, » offert par l'Académie de Munich, en 1882, pour la meilleure restitution des *formulæ* de l'Edit de Julien ; mais il dépassa de beaucoup les limites du sujet prescrit ; voir le rapport complet fait à l'Académie sur ce travail, par Brinz, *Z. d. Sav. Stift.*, vol. IV., *R. A.* (1883) p. 164 *sq*.

(1) Voir Pompon., au *Dig.*, I. 2, fr. 2, § 47 ; G., I. 7 ; Just, *Inst.*, I. 2, § 8 ; Machelard, *Observations sur les responsa prudentium*, Paris 1871 [Glasson, *étude sur Gaïus*, 2e éd. Paris, 1885, p. 84 *sq*. Padel. Cogl., p. 423 *sq*].

Sabinus fut le premier à jouir du privilège de rendre des réponses en public, que lui avait concédé Tibère, il est possible qu'il entende par là que Sabinus fut le premier qui ait eu la permission d'ouvrir l'une de ces *stationes jus publice respondentium*, que mentionne A. Gelle, et où, d'après cet auteur, on discutait librement des questions de droit, soit pratiques, soit théoriques (2).

Le droit de rendre des réponses en vertu de l'autorité impériale, accordé d'abord par Auguste et continuée par ses successeurs jusqu'au règne d'Alexandre Sévère, était quelque chose de très différent, et n'impliquait pas publicité. Il n'impliquait pas non plus diminution du droit appartenant aux jurisconsultes non autorisés de donner des avis à tous ceux qui désiraient les consulter. Son effet était de donner un caractère d'autorité à une réponse, en sorte que le juge, qui l'avait demandée et à qui elle était présentée, — car les juges n'étaient que de simples citoyens, la plupart d'entre eux ignorants du droit, – était tenu de l'adopter, comme si elle était émanée de l'empereur lui-même. Il se peut qu'Auguste ait été guidé par un mobile politique, — qu'il ait été désireux d'attacher au régime nouveau, par cette concession, des juristes de distinction, et d'empêcher le retour des inconvénients, provenant de la trop grande influence des patrons, dont on avait fait l'expérience pendant la république. Mais quel qu'ait été le motif inspirateur de son action en cette affaire, on ne peut guère en estimer trop haut les conséquences avantageuses pour le droit. Car les pouvoirs quasi-législatifs, dont les jurisconsultes autorisés furent investis, leur permirent d'exercer leur influence sur la

(2) Gell., XIII. 13, 1. Voir Bremer, *Rechtslehrer u. Rechtsschulen im Rom Kaiserreich* (Berlin, 1868) pp. 8-15.

doctrine courante d'une façon, non seulement théorique, mais positive (*jura condere*) (3), et de mélanger à leurs interprétations du *jus civile* et du *jus honorarium*, le levain des idées de droit naturel, de manière à donner au système une constitution nouvelle (§ 55).

Au lieu de donner de vive voix son opinion, comme les juristes non autorisés, à la requête du juge ou à la demande de l'une des parties, le jurisconsulte privilégié, qui n'avait pas besoin de donner ses raisons (4), la rédigeait par écrit et l'envoyait cachetée au tribunal. Auguste ne semble pas avoir songé à la possibilité de réponses contraires proposées par deux ou plusieurs jurisconsultes également privilégiés. Le juge se trouvait placé dans une situation fâcheuse. Hadrien résolut la difficulté en décidant que le juge, en pareil cas, agirait d'après sa propre appréciation. Il est extrêmement peu probable que le juge, recevant une réponse, dont il était mal satisfait, pût continuer à en demander d'autres jusqu'à ce qu'il en obtînt une à son gré, et pût alors prononcer un jugement conforme à cette dernière, en alléguant la divergence d'opinions. L'explication la plus probable du rescrit d'Hadrien est celle-ci, — que le nombre des juristes autorisés à répondre, était très limité ; que le juge, qui réclamait leur assistance, était tenu, en vertu de ce rescrit, de les consulter tous (*quorum omnium*, etc.), que s'ils étaient unanimes, mais seulement alors, leur opinion avait force de loi (*legis vicem optinet*), et que, lorsqu'ils différaient, le juge devait décider par lui-même.

(3) Gaïus et Justinien, *l. c.*, note 1.
(4) Sénèque, *Epist.*, XLIV, 27.

Section 60. — Constitutions des Empereurs (1).

Gaius et Ulpien sont d'accord pour penser que toute constitution impériale, sous forme de rescrit, de décret ou d'édit, avait force de loi. Il se peut que ce fut l'opinion dominante à l'époque d'Ulpien : mais la critique moderne est disposée à regarder le *dictum* de Gaius, écrit sous le règne d'Antonin le Pieux, comme teinté de ses notions Asiatiques, et pas tout à fait exact, pour ce qui a trait aux édits. Comme magistrat suprême, l'empereur avait le même *jus edicendi* que les rois, les consuls et les préteurs avaient eu avant lui, et en usait comme eux pour indiquer un genre d'action qu'il avait l'intention d'adopter et de suivre, ou une aide qu'il se proposait d'accorder. Sa portée, assurément, était bien plus grande que celle de l'édit des préteurs, car son autorité durait toute la vie, et s'étendait sur tout l'empire et sur toutes les branches du gouvernement. Mais, à l'origine et en principe, son successeur au trône n'était pas plus tenu d'adopter un de ses édits qu'un préteur d'adopter ceux de ses prédécesseurs. Divers passages des textes montrent à l'évidence qu'il n'était pas rare qu'un édit fût renouvelé, et qu'il arrivait parfois que le renouvellement n'était pas l'œuvre du successeur immédiat de son auteur primitif (2). Très souvent,

(1) G., I. 5; Ulp. au *Dig.*, I. 4, fr. 1, § 1 : Mommsen, *Röm. Staatsrecht*, vol. II. p. 843 *sq.* Wlassak, *Krit. Studien zur Theorie der Rechtsquellen im Zeitalter d. Klass. Juristen*, Graz, 1884; A Pernice (compte rendu Wlassak). *Z. d. Sav. Stift.*, vol VI (1885), *R. A.*, p. 293 *sq.*; Karlowa, *Röm. RG.*, vol. I. § 85 [Pad. Cogl. pp. 413, 6, 629, 1].

(2) *E. G.*, *Dig.*, XVI. 1. fr. 2. « Et primo quidem temporibus divi Augusti, mox deinde Claudii, edictis eorum erat interdictum, ne feminae pro viris suis intercederent : » qui indique que l'édit d'Auguste sur la matière n'avait point été adopté par Tibère, ni par Caligula, mais fut, pour la première fois, renouvelé par Claude Le *Dig.*, XXVIII. 2, 26 montre qu'un édit d'Auguste, qui défendait au père de déshériter son fils soldat, tomba à sa mort et ne fut pas renouvelé par ses successeurs. Voir un autre exemple aux *Inst.*, II, 12, pr.

quand son utilité avait subi l'épreuve des années, il était converti en sénatusconsulte (3) : ce fait prouve de lui-même que l'édit *per se* n'avait pas l'effet de loi. Mais tout comme, suivant Cicéron, un édit prétorien qui avait gardé sa place sur l'album à travers une longue série d'années, arrivait à être regardé comme loi coutumière, il peut en avoir été de même des édits impériaux : leur adoption par deux ou trois souverains successifs, dont les règnes avaient eu une durée moyenne, peut avoir été considérée comme suffisante pour leur donner le même caractère : et, par une marche naturelle des choses, l'opinion publique irréfléchie peut être arrivée à attribuer force de loi à l'édit lui-même, plutôt qu'à la *longa consuetudo* qui le suivait. Cela fraya la voie à la revendication, par les souverains des derniers temps de l'empire, d'un droit absolu de légiférer, et à la reconnaissance de la *lex edictalis* (§ 74) comme seule forme de loi.

Les rescrits et décrets impériaux (*rescripta*, *decreta*) eurent force de loi (*legis vicem habent*) dès les premiers jours de l'empire, et leur effet ne fut jamais limité à la vie du prince dont ils étaient émanés. Mais ils n'étaient point directement des actes législatifs. Dans les uns et les autres, l'empereur ne faisait théoriquement qu'interpréter avec son autorité, la loi existante, bien que la limite entre l'interprétation et la loi nouvelle, parfois délicate à définir, ne fût pas toujours strictement maintenue (4).

(3) C'est précisément ce qui est arrivé aux édits mentionnés dans la première partie de la note précédente ; ils formèrent la substance du sénatusconsulte Velléien, sur la demande de l'empereur Claude. Suivant Tacite (*Ann.*, IV, 16) le sénatusconsulte de Tibère, déclarant que la *confarreatio* ne placerait plus la femme sous la dépendance de son mari (*infra*, p. 438) était la reproduction d'un édit d'Auguste.

(4) Comme exemples, on peut mentionner le rescrit d'Hadrien (*epistula*) qui introduisit le « bénéfice de division » entre cofidejusseurs (Just., *Inst.*, III, 20, 4), et le décret de Marc Aurèle (connu

Le rescrit était une réponse de l'empereur à une pétition, adressée, soit par un magistrat, soit par un simple particulier, pour demander des instructions sur la façon d'appliquer la loi aux faits exposés; elle venait d'ordinaire des provinces, où l'on ne pouvait pas obtenir promptement les avis de l'avocat breveté ; lorsqu'elle émanait d'un simple particulier, c'était souvent seulement en prévision d'un procès, et pour être guidé dans la question de savoir si on devait s'y embarquer, ou non. Quand la réponse était faite dans un écrit séparé, elle était d'ordinaire désignée sous le nom de *epistula* ; quand elle était inscrite au bas de la demande, son nom technique était *subscriptio* ou *adnotatio*. Le décret était le règlement, fait par l'empereur, d'un cas qui lui était soumis judiciairement ; cela pouvait arriver lorsque l'affaire avait été portée devant lui dès le commencement *extra ordinem* (§ 72), ou lorsqu'elle avait été, dès ses débuts, soustraite par *supplicatio* à un tribunal inférieur, ou lorsqu'elle lui arrivait à la suite d'un appel. C'était comme juge que l'empereur prononçait son décret ; mais comme cette décision émanait de l'autorité interprétative, sa valeur dépassait de beaucoup celle du jugement d'un tribunal inférieur (qui n'était la loi qu'entre les parties), et elle formait un précédent qui gouvernait, pour l'avenir, tous les cas impliquant la même question. Ces décrets et rescrits constituèrent l'une des sources les plus importantes du droit pendant les trois premiers siècles et plus de l'empire : ils furent élaborés avec l'aide des jurisconsultes les plus éminents de l'époque, les rescrits étaient spécialement la charge du *magister libellorum*. Depuis le règne des Gordiens, jusqu'à l'abdication de Dioclétien, ce furent presque les seuls canaux directs de la législation qui subsistèrent (§ 64).

depuis lors sous le nom de *decretum divi Marci*), pour réprimer et punir le recours à la justice privée (*Dig.*, XLVIII. 7, fr. 7.)

CHAPITRE II

SCIENCE DU DROIT

SECTION 61. — LABEON ET CAPITON ET LES ÉCOLES DES PROCULIENS ET DES SABINIENS (1)

Les noms de M. Anstitius Labeo et Ateius Capito se trouvent très fréquemment réunis. Ils furent, pendant un certain temps, rivaux dans la vie politique ; Capiton s'attachant au parti de la cour, tandis que Labéon inclinait à se ranger dans l'opposition au régime de la monarchie naissante. La soumission, pour ne pas dire l'asservissement à l'autorité, et l'acceptation, sans examen, d'un nouvel ordre de choses, était le trait caractéristique de l'un ; une indépendance résolue, mais quelquefois extravagante, celui de l'autre. On a souvent essayé de tracer un parallèle entre leurs façons respectives de penser, en politique

(1) Mascovius, *De sectis Sabinianor. et Proculianor.*, Leipzig, 1728 ; Van Eck « De vita moribus et studiis Labeonis et Capitonis ». *Novus Thesaurus dissert. jurid.*, d'Oelrich, vol. I, tome 2, (Brème, 1771), p. 821 *sq* ; Dirksen, « Ueber d. Schulen d. Röm. Juristen », dans ses *Beitrage zur Kunde d. Röm. Rechts.* (Leipzig, 1825), p. 1 *sq* : Bremer, *l. c* § 59, note 2 ; Pernice, *M. Antistius Labeo*, 2 vol., Halle, 1873, 1878 ; Kuntze, *Excurse über Rom. Recht*, (2ᵉ éd., Leipzig, 1880) pp. 318-331 ; Schantz, « Die Analogisten und Anomalgisten im Röm. Recht », *Philologus* de 1883, p. 309 *sq*, Roby, *Introduction*, ch. IX ; Karlowa, *Röm. RG.*, pp. 662 *sq*, 677 *sq*. [Pad. Cogl. p. 429 *sq* ; Landucci, *storia d. dir. rom.*, p. 97 *sq*, Ludwig Mai, *Der Gegensatz u. die Controversen der Sabinianer u. Proculianer*, etc., Ludwigshafen, 1885].

et en jurisprudence. Mais nous ne connaissons pas assez Capiton, comme jurisconsulte, pour être en état de parler de ses opinions avec quelque certitude. Il est rarement mentionné dans les textes, tandis que le nom de Labéon fut la plus grande autorité depuis Auguste jusqu'à Hadrien. D'après les vestiges de ses écrits, que nous ont conservé le Digeste, il est aisé de voir, — comme en réalité nous le rapportent Pomponius et Aulu Gelle, — que c'était un homme d'une grande culture générale, très versé dans l'histoire et les antiquités du droit, un dialecticien subtil, dont la philosophie était, dans une certaine mesure, imprégnée de l'enseignement des stoïciens. Il était aussi indépendant dans son exposition du droit, que dans ses opinions politiques, critiquait avec liberté les doctrines même de ceux qui avaient été ses prédécesseurs en jurisprudence, et n'était guidé dans son propre jugement que par la préoccupation de l'origine des institutions ou des règles et l'objet qu'elles étaient destinées à réaliser, et il s'y référait constamment. Un de ses ouvrages les plus célèbres était ses *Libri* πιθανῶν (*Probabilium*), traité théorique, qui fut résumé et annoté par Paul, deux siècles plus tard. Un autre ouvrage, ses *Libri posteriorum*, traité plus pratique sur diverses branches du *jus civile* fut abrégé par Javolenus, et semble avoir joui d'une autorité considérable. Outre ces ouvrages, Labéon fut l'auteur de commentaires sur le droit pontifical, les XII Tables, et les écrits des préteurs urbains et pérégrins, aussi bien que d'un recueil de réponses. L'estime où le tenaient les jurisconsultes de l'époque classique, *i. e.*, d'Hadrien à Alexandre Sévère doit se mesurer non pas tant à la quantité relativement faible des extraits de ses ouvrages conservés au Digeste (et qui sont presque exclusivement tirés de ses *Libri* πιθανῶν et *Posteriorum*), que

par la fréquence avec laquelle d'autres auteurs le mentionnent. Il n'est pas du tout rare de trouver ses opinions, et particulièrement ses définitions de termes de droit rapportées dix, quinze ou même vingt fois dans le cours d'un même titre.

On rapporte que Labéon et Capiton furent les fondateurs des deux écoles ou sectes, — les deux expressions sont usitées par les textes, — des Proculiens et des Sabiniens (2) : mais ce sont Nerva et Proculus que Gaïus désigne toujours comme les représentants de l'une, Sabinus et Cassius comme les représentants de l'autre (3). L'opinion de Bremer (4), que les écoles étaient deux salles d'enseignements rivales — *stationes jus publice docentium* (5) trouve un bon nombre d'arguments à son appui : car on nous dit expressément que Nerva et Proculus étaient élèves de Labéon, et Masurius Sabinus, Javolenus Priscus et Julien sont tous mentionnés comme professeurs aussi bien que praticiens. Bremer conjecture que les écoles peuvent avoir pris leurs

(2) Pompon au *Dig.*, I. 2, fr. 2, §§ 47-52.

(3) La succession, suivant Pomponius, fut la suivante : — PROCULIENS — 1. M. Antistius Labeo (*temp.* Aug. et Tib.) ; 2. M. Cocceius Nerva (consul en 22 A. D), 3, Sempron. Proculus (*temp.* Claud, etc) ; 4. Nerva le jeune (préteur en 65 A. D., père de l'empereur Nerva) ; 5. Longinus, (dont on ne sait qu'une chose, c'est qu'il exerça la préture) ; 6. Pegasus (*temp.* Vespasiani) ; 7. Juventius Celsus (*temp.* Vespas. et Domit.) ; 8. Neratius Priscus (*temp.* Domit. Nerv. Traj.) ; 9. Juventius Celsus le jeune (Domitien à Hadrien). SABINIENS — 1. M. Ateius Capito (consul en 5 A. D., mourut en 21 A. D.) ; 2. Masurius Sabinus (*temp.* Tiber. et Neron.) ; 3. C. Cassius Longinus (de Tibère à Vespasien) ; 4. Caelius Sabinus (*temp.* Vespas.) ; 5. Javolenus Priscus (Domitien à Hadrien) ; 6. Aburius Valens (*temp.* Hadr. ?) ; 7. Tuscianus. (*temp.*, Hadr. ?) ; 8. Salvius Julianus (Hadrien et Antonin le Pieux). Ce furent là les chefs successifs des deux écoles, suivant le récit de Pomponius. A juger d'eux, d'après leur réputation à une époque plus récente, ils doivent avoir été de mérites très inégaux ; car quelques-uns d'eux ne sont l'objet d'aucune mention ultérieure.

(4) Bremer, p. 68 *sq.*

(5) Gell., XIII 13, 1.

noms de Proculus et Sabinus, parce qu'ils furent les premiers à fonder des établissements permanents, dans lesquels ils commencèrent à enseigner les doctrines qu'ils avaient respectivement reçues de leurs maîtres, et qui devinrent une sorte de tradition chez leurs disciples. A la question, quelles étaient les différences doctrinales essentielles entre eux, il n'y a pas de réponse satisfaisante. Karlowa propose l'opinion, et la soutient à l'aide de beaucoup de citations qui semblent bien l'appuyer, que les Proculiens préféraient demeurer fidèles au *jus civile*, tandis que les Sabiniens avaient une prédilection plus grande pour le *jus gentium* et les doctrines spéculatives du droit naturel. Mais il serait aisé de glaner, dans les récits de leurs controverses dans Gaïus (6), qui faisait profession lui-même d'être Sabinien), tout autant de textes à l'appui du contraire. L'opinion de Karlowa n'est pas très compatible avec l'estime où les jurisconsultes de deux cents ans après tenaient Labéon, comme penseur indépendant, qui avait jeté une lumière nouvelle sur diverses branches du droit, ni non plus avec le fait que les *Libri III de jure civili* de Sabinus étaient considérés, par ces mêmes jurisconsultes, comme le répertoire le plus autorisé du droit civil existant, — bref, à coup sûr, mais pourtant la base de divers volumineux *commentarii ad Sabinum*.

Section 62. — Julien, Gaïus et les Jurisconsultes des Antonins

Il est impossible, dans un ouvrage des dimensions de ce livre, de mentionner plus de quelques-uns des hommes

(6) On peut en trouver la plupart réunies dans le *Promptuarium Gaïanum* d'Elvers, (Gottingue, 1824) sous les rubriques « Auctores diversae scholae » et « Nostri praeceptores ». On en trouvera beaucoup plus, recueillies d'autres parts, dans Mascovius, et un choix considérable d'entre elles dans Roby, p. CXXXI, *sq*.

qui édifièrent le droit romain, dans la période que nous examinons (1). Labéon et Sabinus furent les plus éminents de la période Julienne ; la période Flavienne n'en produisit point qui leur fussent égaux. Sous Hadrien et les Antonins, les noms les plus distingués sont ceux de Salvius Julianus, Pomponius, Africanus, Gaïus et Q. Cervidius Scævola. Le premier qui, suivant Pomponius (2), était de son temps à la tête de l'école Sabinienne, était Africain de naissance et grand'père maternel de l'empereur Didius Julianus. Sous Hadrien et Antonin le Pieux, il remplit les charges de préteur, consul et *præfectus urbi* et, pendant un certain temps, fut le génie directeur du conseil impérial. Ce fut à lui qu'Hadrien confia la tâche de consolider l'Edit. Toutefois, ce travail fut peu de chose, comparé à celui auquel il consacra la meilleur part de sa vie, — ses *Digesta* (3). Labéon avait été un pionnier ; mais, dans son grand ouvrage de droit, Julien s'avance très près de la citadelle. En quatre-vingt-dix livres, où il suit, jusqu'à un certain point, le même ordre que celui dans lequel il avait arrangé l'Edit, il traite du droit civil et prétorien, éclaircissant ses doctrines par des hypothèses et des questions et réponses nouvelles et pleines d'intérêt et de vie. Dans toute la liste des jurisconsultes romains, il n'y en a probablement point dont les décisions

(1) Il y a de nombreuses notices sur les jurisconsultes de l'époque dite classique. Voir Rudorff, *Röm. RG.*, vol. I §§ 66-78 ; Roby, *Introduction*, ch. X-XV. ; Karlowa, *Röm. RG.*, vol. I §§ 89-91 : Ferrini, *Fonti*, p. 55 *sq*. Sur leur ordre, voir Fitting, *Uber das Alter d. Schriften d. Röm. Juristen von Hadrian bis Alexander*, Basle, 1860. [Padel. Cogl., p. 434 *sq* ; Landucci, *storia d. dir. rom.* p. 435 *sq*].

(2) Voir § 61, note 2. Buhl. *Salvius Julianus*, vol. I (Heidelb., 1886), pp. 11-134.

(3) Voir Mommsen, « Ueber Julians Digesta », *Z. f. RG.*, vol. IX (1870), p. 82 *sq* ; Buhl, l. c. p. 86 *sq*.

soient aussi fréquemment citées par ses successeurs et même par ses contemporains.

Sextus Pomponius était contemporain de Julien, mais il lui survécut. Sa carrière littéraire, comme celle de Julien et de Gaius, se prolongea longtemps ; elle commença sous le règne d'Hadrien, continua pendant les vingt-trois ans de celui d'Antonin le Pieux et fort avant dans celui de Marc Aurèle et de Verus. Son œuvre fut variée, — archéologique, historique, doctrinale, critique. Ses études sur Quintus Mucius Scævola (p. 336), furent utilisées par les jurisconsultes de la période des Sévères, et des extraits assez nombreux en furent tirés par les commissaires de Justinien. Il en fut de même de ses *Epistulæ*, qui semblent, pour la plupart, avoir été des avis donnés à des clients qui le consultaient, d'une façon plus complète, plus raisonnée et plus critique que ce n'était l'habitude pour les *responsa* des jurisconsultes privilégiés. On inséra dans la compilation du Digeste des extraits encore plus nombreux de ses écrits sur Sabinus. Ce qui est assez singulier, c'est qu'il n'y a point d'extraits directs de son volumineux commentaire de l'Edit, quoiqu'il en ait été conservé de nombreuses mentions dans des extraits des commentaires d'Ulpien et de Paul. Il est très familier aux juristes modernes, à cause de son *Enchiridion*, dont un long passage est conservé au Digeste, donnant une esquisse de l'histoire externe du droit, depuis la fondation de la Cité, jusqu'au règne d'Hadrien ; on y a souvent fait allusion dans les pages précédentes (4).

(4) Bien des critiques sont d'avis que ce texte est, dans une certaine mesure, corrompu ; voir en particulier Osann, *Pomp. de origine juris frag.*, Giessen, 1848. Sanio a essayé d'établir ce qu'il doit à Varron, dans ses *Varroniana in d. Schriften d. Röm. Juristen*, Leipzig, 1867.

C'est également un jurisconsulte de la même période que Julien, et l'un de ses amis, quoique sans doute plus jeune, que Sextus Cæcilius Africanus, qu'A. Gelle met en scène, dans un colloque avec Favorinus sur quelques-unes des antiquités des XII Tables, mais sans son cognomen. Ses ouvrages principaux furent plusieurs livres de questions *(quæstiones)* et un plus grand nombre encore d'*Epistulæ*. Les commissaires de Justinien usèrent très largement des premiers, mais des derniers très sobrement. Les questions présentent cette particularité, — que le cas exposé sous une forme interrogative et la réponse qui y est faite sont très fréquemment réunis par le verbe à la troisième personne, *ait*, *respondit*, etc.: d'où bien des jurisconsultes ont conclu qu'Africain ne donne pas sa propre opinion, mais celle de quelque autre jurisconsulte, probablement Julien. Ses ouvrages montrent de la finesse et de l'exactitude, mais quelquefois de l'obscurité ; il y a longtemps que c'était un adage commun. — « Lex Africani, ergo difficilis. »

Gaius doit être placé un peu plus tard que Julien, Pomponius et Africain ; car, bien qu'il parle d'un événement du règne d'Hadrien comme arrivé « de son temps », néanmoins son activité littéraire ne commença que sous Antonin le Pieux, et se poursuivit jusqu'après la mort de Marc Aurèle. Quoiqu'il eût, au cinquième siècle, une réputation telle, qu'il fut l'un des cinq jurisconsultes placés avant tous les autres dans la loi des citations de Valentinien (§ 78), nous ne savons pourtant rien de son histoire personnelle. Il n'est mentionné qu'une fois (si même il l'est du tout) par un contemporain (5), et jamais par aucun

(5) Par Pomponius, au *Dig.*, XLV, 3, 39 : « Quod Caius noster dixit ». Il n'est pas du tout certain que Pomponius n'ait pas fait allusion à Caius Cassius Longinus, l'un des chefs de l'école Sabinienne, — « notre maître

de ses successeurs. Des auteurs éminents pensent trouver, dans ses écrits, la preuve intrinsèque qu'il devait être un provincial et probablement un Asiatique (6), tandis que d'autres soutiennent tout aussi résolument que son quartier général devait être à Rome (7). On ne peut contester qu'il a consacré une somme considérable d'attention, dans ses Institutes, aux particularités du droit touchant les pérégrins ; et Karlowa suggère l'idée, qui peut jusqu'à un certain point concilier les opinions discordantes, — qu'il enseigna peut-être à Rome, mais adressa son enseignement spécialement aux provinciaux qui y résidaient (8). C'était comme professeur et jurisconsulte théorique qu'il excellait ; en vérité il est très douteux qu'il ait été du tout praticien, et il est presque certain qu'il n'avait pas le *jus respondendi*. Son célèbre ouvrage fut ses *Institutionum commentarii quattuor* ; non pas un ouvrage d'érudition, ni qui indique des facultés juridiques de l'ordre le plus élevé ; mais de grande valeur comme résumé des doctrines fondamentales du droit, à la fois à cause de la simplicité de la méthode, de l'intérêt de l'éclaircissement historique, de la précision et de l'exactitude du langage. L'émotion qui suivit l'heureuse décou-

Cassius ». Sans doute, Gaïus était Sabinien, aussi bien que Pomponius, et le « noster » peut ne signifier que la confraternité : mais le « dixit » suggère l'idée d'une allusion à un prédécesseur, plutôt qu'à un jeune contemporain.

(6) E. g., Mommsen, « Gaïus ein Provincialjurist », *Jahrb.* de *Bekker u. Muther*, vol. III, (1859), p. 1. *sq* ; Bluhme, *Z. f. RG.*, vol. III (1864), p. 452 *sq* ; Kuntze, *Der provincialjurist Gaïus wissenschaftlich abgeschatzt*, Leipzig, 1883 [Glasson, *étude sur Gaïus*, 2e éd. Paris, 1885, p. 21 *sq*].

(7) *E. g.*, Huschke, *Z. f. RG.*, vol. VII, (1868), p. 161 *sq*, et dans l'introduction de sa 4e [5e] édition de Gaïus.

(8) Karlowa, *Röm. RG.*, vol. I, p. 722. Voir Roby, *Introduction*, p. CLXXV. *sq*.

verte du manuscrit de cet ouvrage en 1816 (p. 418), au moment où les fondateurs de l'école juridique historique arrivaient au premier rang, et la reconnaissance enthousiaste que l'on éprouva envers l'auteur, pour l'abondance de matériaux nouveaux qu'il mettait au jour, ont conduit à l'exalter plus haut que ne le justifient tout à fait ses mérites réels.

Comme jurisconsulte, Gaius ne peut être mis sur le même niveau que Labéon ou Julien, Ulpien ou Papinien. Il se peut que ce soit à cause de cette circonstance, qu'il était seulement au second rang, que son nom ne se rencontre jamais dans les ouvrages de ses contemporains et successeurs. Il était bien invraisemblable que des hommes, qui siégeaient au conseil impérial et répondaient *ex auctoritate principis*, citassent un juriste qui, malgré son habileté et son succès comme professeur, n'avait ni l'expérience du praticien, ni une grande réputation comme jurisconsulte théoricien. Tous ses ouvrages semblent avoir eu un but d'éducation, — ses commentaires sur les XII Tables, sur l'édit édilitien, l'édit provincial et la *Lex Julia* et *Papia Poppæa,* ses titres choisis de l'édit urbain, ses monographies sur les fidéicommis testamentaires, la dot, les obligations verbales, et les sénatusconsultes Tertullien et Orphitien, ses *libri aureorum*, etc. Le dernier mentionné, — *Rerum quotidianarum sive aureorum libri VII* — répertoire de droit sur des points de pratique journalière, semble avoir eu un certain rapport avec ses Institutes : parcourir le même terrain, mais avec plus de détails, et reprendre bien des questions qui n'avaient point paru convenir au traité élémentaire. Les passages que le Digeste nous en a conservés sont des modèles d'exposition, mais ils montrent peu de talent d'initiative. A cet égard, la comparaison avec Julien est

défavorable à Gaius. Son pas est ferme, tant que son terrain est solide, mais il manifeste de la timidité et de l'hésitation, quand il approche d'une controverse. Toutefois, et malgré ses défauts, on ne peut estimer trop haut ses Institutes. La critique peut y découvrir un petit nombre d'erreurs historiques (9), et même quelques erreurs de doctrine ; mais elles se réduisent à une valeur insignifiante, en présence de la richesse d'instruction qu'elles nous offrent sur les diverses branches du droit sous la république et le commencement de l'empire.

Q. Cervidius Scaevola fut postérieur à Gaius. Il paraît avoir commencé sa carrière sous le règne d'Antonin le Pieux, avoir été dans toute sa force sous celui de Marc-Aurèle, au conseil duquel il siégea (11), et avoir encore été engagé dans l'exercice de sa profession dans les premières années de Septime Sévère. Il fut le précepteur de droit de cet empereur, et à la même époque eut Papinien comme élève. Chez ses successeurs, il eut une grande réputation comme avocat consultant ; et beaucoup de ses clients, à en juger d'après ses *Digesta* et *Quæstiones*, devaient être des provinces de langue grecque. Ses Questions, ou autrement dit réponses, sont très brèves et nettes, et les réponses quelquefois sans raison à l'appui. La même *species facti* — on peut dire la même espèce — rapportée dans les Questions, est souvent reproduite dans ses *Digesta*, mais y est traitée plus complètement et avec plus d'arguments. Toutefois, ce dernier ouvrage n'est pas exclusive-

(9) Voir Lotmar, *Krit. Studien in Sachen der Contravindication* (Munich, 1878), pp. 10-22, 53-57 ; Kuntze, *l. c.*, note 2.

(10) La littérature sur Gaïus est immense ; le dernier traité est celui de Glasson, *Étude sur Gaïus*, etc., 2ᵉ édit., Paris 1885.

(11) D'après ce que dit Capitolin, il paraît probable que Scaevola fut l'un des préfets du prétoire de l'empereur.

ment consacré à des espèces de droit ; mais il contient une partie considérable d'exposition doctrinale d'un ordre élevé, qui justifie la louange qu'adressent à Scævola Arcadius et Honorius, de *prudentissimus jurisconsultorum* (12).

Section 63. — Papinien, Ulpien et Paul.

On suppose qu'Æmilius Papinianus (1) fut natif de Phénicie. Instruit par Scævola, il était déjà *advocatus fisci* sous Marc Aurèle, et devint maître des requêtes (*magister libellorum*, § 60) et ensuite préfet du prétoire sous Septime-Sévère. On dit qu'il était allié par mariage à ce dernier empereur ; il fut certainement l'un de ses amis les plus intimes et les plus fidèles. Il accompagna Sévère en Bretagne, et une constitution du Code, datée d'York en 210, peut, non sans raison, être regardée comme sortie de sa plume (2). L'empereur, avant de mourir, lui commit le soin de ses deux fils ; mais il ne put empêcher le meurtre du plus jeune, et son refus de défendre cet acte amena son propre assassinat, par ordre et en présence de l'aîné. Les paroles que l'on place dans sa bouche, dans sa réponse à Caracalla, — que défendre le meurtre d'un innocent était l'égorger de nouveau, — caractérisaient bien Papinien, dont l'intégrité et les principes de haute morale étaient aussi remarquables que sa supériorité en droit. Il se peut que ces qualités se soient entr'aidées, et l'on a porté sur lui le jugement que, s'il fut le

(12) *Cod. Théod.*, IV, 4, 3, § 3.

(1) Voir Ael. Spart., *Carac.*, 8 ; Ev. Otto, *Papinianus, sive de vita*, etc. Leyde, 1718 ; Roby, *Introduction*, p. CXCI, *sq.* [G. Mantellini, *Papinianus*, Turin, 1878].

(2) *Cod.*, III, 32, 1.

prince des jurisconsultes, c'est parce qu'il sut, mieux qu'aucun de ses contemporains, subordonner le droit à la morale. Ses ouvrages principaux furent ses recueils de *Quæstiones* (trente-cinq livres) et ses *Responsa* (quatre-vingt-dix livres). Ses jeunes contemporains, Ulpien et Paul, paraissent avoir été quelque peu envieux de sa réputation, et avoir annoté beaucoup de ses opinions avec une liberté très large. Mais la postérité prononça entre eux, et Constantin d'abord, en 321, ensuite Théodose et Valentinien, en 426, refusèrent de permettre de citer dans les tribunaux, des « notes » dérogeant aux décisions de Papinien. Justinien est même plus prodigue d'éloges envers son génie, qu'aucun de ses prédécesseurs sur le trône : *splendidissimus, acutissimus, disertissimus, sublimissimus*, σοφώτατος, *merito ante alios excellens*, sont parmi les épithètes où il se complaît. La critique moderne, pourtant si empressée d'appliquer à la mesure d'un homme des étalons nouveaux, endosse le verdict de l'antiquité, en ce qu'il place Papinien bien au-dessus de ses collègues, pour la vigueur de ses conceptions du juste et de l'injuste. Il n'a point d'égal pour la précision avec laquelle il pose une hypothèse, élimine toutes les circonstances de fait étrangères, et cependant découvre les considérations d'humanité qui s'y rapportent, mais qui auraient échappé à la vue du plus grand nombre ; et, sans parade, comme par instinct, il applique la règle de droit, comme si elle se trouvait à la surface, évidente pour tout le monde. Personne jamais ne fut plus digne du privilège de répondre *ex auctoritate principis* et personne jamais ne montra un sentiment plus élevé à la fois du pouvoir que cela conférait et de la responsabilité que cela imposait.

Domitius Ulpianus et Julius Paulus firent leur apparition dans la vie publique en qualité d'assesseurs de

l'*auditorium* de Papinien, et membre du conseil de Septime Sévère ; et, sous le règne de Caracalla, furent à la tête de deux offices ministériels, — les archives et les requêtes. Ulpien était d'origine Tyrienne, ce qui peut expliquer les relations intimes qui s'établirent entre lui et Alexandre Sévère, dont la mère Julia Mammæa était de la Syrie Phénicienne. Héliogabale l'avait privé de ses dignités et l'avait banni de Rome ; mais, à l'avènement d'Alexandre, alors âgé environ de seize ans, il fut immédiatement réintégré, devint tuteur de l'empereur, fut nommé préfet du prétoire et joua virtuellement le rôle de régent. La diminution des privilèges accordés aux soldats prétoriens par Héliogabale provoqua leur inimitié ; à plusieurs reprises il échappa de bien près à leur vengeance ; enfin, en 228, au cours d'une émeute entre la soldatesque et la populace, les prétoriens arrivèrent une nuit à pénétrer dans le palais où Ulpien avait cherché un abri, et l'égorgèrent presque dans les bras de l'empereur.

Il n'est pas surprenant de trouver les soins du gouvernement mêlés à son œuvre littéraire ; car toute grande qu'elle soit, elle semble avoir été presque entièrement exécutée avant l'avènement d'Alexandre. Il y avait un commentaire sur le *jus civile* (« *ad Sabinum* ») en plus de cinquante livres ; un sur l'Edit, en plus de quatre-vingts livres, des recueils d'Opinions, de Réponses et de Disputes ; des livres de Règles et Institutes ; des traités sur les fonctions des divers magistrats, l'un d'entre eux (*de officio proconsulis libri X*) forme un vaste exposé du droit criminel ; en outre des monographies sur diverses lois, sur les fideicommis testamentaires, et ainsi de suite. Le caractère de ces traités est une exposition doctrinale d'un ordre supérieur, relevée par une judicieuse critique, et marquée par une grande lucidité d'arrangement, de

style et de langage; ils portent, d'un bout à l'autre, la preuve de tout ce qu'il doit à ses prédécesseurs. Les observations quasi-philosophiques, où il se complaît dans ses Institutes, sont superficielles, mais autrement ses abrégés sont des modèles de concision, sans manquer d'élégance. Ses ouvrages ont alimenté, dans leur ensemble, environ un tiers du contenu du Digeste de Justinien et son commentaire sur l'Edit, à lui seul, près d'un cinquième.

Paul, qui paraît avoir été dans sa jeunesse un disciple et, dans son âge mûr, un admirateur de Scævola, eut une carrière littéraire très semblable à celle d'Ulpien; elle fut extrêmement féconde, jusqu'à ce que, successeur de ce dernier, il devint préfet du prétoire d'Alexandre; mais heureusement elle ne fut pas entièrement interrompue par les soins du gouvernement. Le cercle d'études des deux jurisconsultes fut en grande partie le même; cependant Paul se contenta d'un commentaire sur Sabinus plus court que celui d'Ulpien, mais le dépassa beaucoup par le nombre de ses monographies, dont quelques-unes furent consacrées à l'exposition de points de procédure. Il avait l'esprit bien plus varié qu'Ulpien, tout aussi fin et peut-être plus subtil. Modestin, qui était disciple d'Ulpien, les désigne les deux sous le nom de κορυφαῖοι τῶν νομικῶν, et quelques-uns des derniers empereurs, oubliant Labéon et Julien, appliquent à Paul des épithètes qui semblent lui donner le deuxième rang, après le seul Papinien. Mais il manquait de deux qualités où Ulpien excellait, — la précision de l'exposé et la clarté de la diction; il n'est donc pas surprenant de trouver que ses écrits n'ont contribué au Digeste que pour un cinquième environ de son ensemble, et au contraire Ulpien pour un tiers.

Section 64. — Modestin et les Jurisconsultes postérieurs aux Sévères.

Herennius Modestinus, natif d'une des provinces de langue grecque, ou ayant d'étroites affinités avec ces régions, et disciple d'Ulpien, ne mérite d'attention spéciale que par la raison que la Loi des Citations de Valentinien (§ 78) l'a distingué et mis à la même hauteur que Gaius, Papinien, Ulpien et Paul. Le Digeste nous a conservé de nombreux extraits de ses ouvrages, quelques-uns en grec ; mais ils laissent l'impression d'un auteur incapable de concevoir des vues larges, et enclin à la minutie (couper des cheveux en quatre). Sa carrière commença sous le règne de Caracalla, se poursuivit pendant celui d'Alexandre Sévère, et jusque dans les troubles qui suivirent l'extinction de la dynastie des Sévères. Il est mentionné avec estime dans un rescrit de Gordien de l'année 239 ; et, dans une inscription de l'année 244 (l'année de l'avènement de Philippe l'Arabe), conservée au Musée du Capitole, on trouve son nom comme celui de l'un des arbitres dans une question soulevée par une corporation de foulons (1). Il n'y a que quatre jurisconsultes de date postérieure qui soient cités au Digeste ; et l'on suppose que deux d'entre eux (Hermogène et Arcadius Charisius) florissaient bien plus tard, vers le milieu du quatrième siècle. Avec Modestin, la littérature juridique, proprement dite, paraît épuisée ; l'opinion générale va même jusqu'à affirmer qu'il y a éclipse complète du talent juridique. C'est là pourtant aller trop loin. Il y a au Code de Justinien et ailleurs environ 300 rescrits des six ans de règne de Gordien ; les

(1) Publiée dans Bruns, p. 259.

constitutions du règne de Dioclétien, un demi-siècle plus tard, si la liste qui s'en trouve dans l'Index d'Haenel (2) est exacte, se chiffrent au nombre de 1200 ou 1300, dont beaucoup plus des neuf dixièmes sont des rescrits : et même dans quelques-uns des règnes intermédiaires, *e. g.*, ceux de Philippe l'Arabe, Valérien et Gallien, le nombre n'en est pas sans importance. Beaucoup de ces rescrits ont un grand mérite, et ne sont pas inférieurs au commun des Réponses des périodes plus anciennes. Ce ne pourrait avoir été le cas, si la science du droit était tombée, à la mort d'Alexandre Sévère, dans des ténèbres aussi profondes qu'on le suppose communément. Il est incontestable qu'il y eut un sérieux changement en pis; autrement, il n'aurait pu y avoir une telle cessation de toute activité littéraire, en même temps que l'arrêt de la pratique de donner des réponses. Ce dernier fait doit s'expliquer par le progrès de l'absolutisme. Ce n'étaient plus désormais des jurisconsultes privilégiés, qui répondaient en vertu de l'autorité impériale; on avait maintenant plus que jamais recours à l'empereur lui-même, comme source de toute interprétation autorisée, et le consistoire impérial absorbait, pour aider le prince dans ses travaux, tout ce qui restait de savants représentants de la jurisprudence (3).

Section 65. — Fragments qui nous restent de la jurisprudence de cette période.

Le monument principal, où sont déposés les fragments qui nous restent de la jurisprudence des trois premiers

(2) L'Index Legum ajouté au *Corpus leg. ab imp. rom. ante Justinianum latarum*, de Haenel, Leipzig, 1857.

(3) Voir sur cette matière Hofmann « *D r Verfall* der röm. Rechtswissenschaft », dans ses *Krit. Studien im Röm. Rechte* (Vienne, 1885), p. 3 *sq.*

siècles de l'empire, c'est le Digeste de Justinien (§ 84), les rescrits impériaux se trouvant largement insérés dans les divers recueils des derniers temps de l'empire, ainsi que dans le Code de Justinien. Un nombre considérable de passages des écrits de Gaius, Papinien, Ulpien et Paul se trouvent aussi dans la *Collatio*, les Fragments du Vatican et la *Consultatio* (§ 81). Outre ces textes, nous en avons, d'autres parts, trois de grande importance, les Institutes de Gaius, une partie d'un ouvrage d'Ulpien et les Sentences de Paul, ainsi que quelques productions plus restreintes et un petit nombre de fragments isolés (1).

Un abrégé des Institutes de Gaius en deux livres est contenu dans la *Lex Romana Visigothorum* (§ 82) (2). On savait très bien que c'était un abrégé, parce qu'il existait des passages du texte original dans la *Collatio* et le Digeste de Justinien. On savait aussi très bien que l'original, non seulement avait été composé et employé par son auteur dans un but d'éducation (quoique les opinions différassent très fort quant à sa date), mais qu'il avait été en usage comme manuel élémentaire de droit, depuis l'établissement de l'école de Constantinople en 425, jusqu'aux réformes de Justinien en 533. Aussi, grand était le regret souvent exprimé, qu'un monument de cette valeur eût été perdu : par suite, grande fut la joie, de l'heureuse chance, qui en exhuma une copie dans la bibliothèque du chapitre de Vérone. Scipio Maffei, au milieu du siècle dernier, décrivant quelques-uns des manuscrits précieux de cette

(1) Voir un exposé ordonné de ce qui nous reste de la science juridique de l'époque classique, dans Karlowa, *Rom. RG.*, vol. I, § 92 [Landucci, *storia d. d r. rom.*, p. 97 *sq*].

(2) Edicte pour la première fois en dehors de la *Lex Romana* en 1525 ; la dernière édition est celle de Bocking (Bonn, 1831), dans le *Corp. Jur. rom. antejustinianei*.

bibliothèque, y fit allusion, et publia une feuille détachée qui traitait de la matière des interdits, mais cela ne fut pas très remarqué par les jurisconsultes, et l'on (Haubold) aperçut, pour la première fois en 1816, que c'était un passage du Gaius si longtemps perdu. Presque en même temps, par une coïncidence curieuse, Niebuhr, passant par Vérone et consacrant un jour ou deux à la bibliothèque, mit la main sur un palimpseste des Epitres de Saint-Jérôme, sous lequel il découvrit ce qu'il conjectura être un traité d'Ulpien, mais que Savigny, auquel Niebuhr communiqua sa découverte, en même temps que la feuille de *interdictis* et une feuille du palimpeste, déclara immédiatement être l'ouvrage de Gaius (3). Des recherches ultérieures révélèrent que c'était la copie même de ses Institutes, dont avait été extraite la feuille détachée mentionnée plus haut, — un grand in-quarto de 127 pages écrit, selon toute apparence, au cinquième siècle. Des commissaires furent envoyés immédiatement par l'Académie de Berlin, pour prendre une copie, et, en 1820, l'ouvrage fut imprimé et édité par les soins de Gœschen. Il était très incomplet : car quelque trente pages du M. S., étaient entièrement ou en grande partie illisibles ; ce qui était dû en partie à l'action des réactifs chimiques sur le parchemin, là où les moines avaient gratté la surface avec la pierre ponce. Une révision du M. S. fut faite deux ans plus tard par Blume ; malheureusement, l'usage téméraire qu'il fit d'agents plus énergiques que ceux que Gœschen s'était hasardé à employer, ne servit qu'à obscurcir bien plus qu'à révéler. Édition après édition se suivirent dans une succession as-

(3) Le compte rendu, par Savigny, de la découverte, comprenant la lettre que lui écrivit Niebuhr, se trouve dans la *Z. f. gesch. RW.*, vol. III (1817), p. 129 *sq.*

sez rapide : chaque éditeur nouveau offrait sa propre contribution de lectures nouvelles, pour corriger les erreurs et combler les lacunes. L'étrangeté de leurs conjectures convainquirent les plus réfléchis de la nécessité de ramener les critiques au M. S. lui-même. Bœcking se mit en devoir de préparer un fac-simile : mais ce n'était que sur les copies faites bien des années avant par Gœschen et Blume (4). Cela ne suffisait pas : aussi l'Académie de Berlin prit-elle de nouveau l'affaire en main, et chargea-t-elle Studemund de se rendre à Rome, et de préparer une copie nouvelle du M. S. lui-même. Il y passa plusieurs mois de 1866, les années 1867 et 1868 : et, quand sa copie fut achevée, on fit fondre pour lui, aux frais de l'Académie, des caractères représentant aussi exactement que possible les lettres et autres marques de l'original, grâce à quoi il fut en mesure, en 1874, de publier son *Apographum* (5). Il est de la même grandeur que l'original et reproduit, ligne par ligne et lettre par lettre, tout ce que Studemund a pu déchiffrer : les mots et les lettres douteuses sont en caractères plus pâles : ceux que Gœschen a lus (avant que les réactifs de Blume eussent rendu les passages indéchiffrables) sont aussi de caractères pâles, mais entourés de crochets à angles droits : et ceux que jamais personne n'a pu lire sont laissés en blanc. Cette magnifique et consciencieuse reproduction restera probablement la base de toute édition de Gaius digne de confiance, pendant bien des années à venir (6). Mais elle a déjà reçu son premier

(4) *Gai Inst. Cod. Veron. Apographum ad Gœscheni Hollwegi Bluhmii schedas compositum... publicavit* Ed. Bœking, Leipzig, 1866.

(5) *Gaii Institutionum Cod. Veron. Apographum... ed.* Guilelmus Studemund, Leipzig, 1874.

(6) On a publié, depuis 1874, et basé sur l'*Apographum*, les éditions de Polenaar (Leyde, 1876), Krüger et Studemund conjointement (Berlin, 1877, 2e éd., 1884), Huschke (sa 4 Leipzig, 1879, [5], 1886].

supplément, — par suite d'un nouvel examen et d'un nouveau traitement chimique du M. S. par Studemund et Krüger en 1878 et 1883, ce qui leur a permis (1) de faire une addition considérable à la partie déchiffrée et (2) de nier d'une façon certaine l'exactitude de quelques-unes des restitutions des passages non déchiffrés précédemment proposées (7).

En 1549, l'évêque Jean Dutillet publia pour la première fois à Paris, d'après un manuscrit qu'il possédait, un fragment qui se présentait comme étant une portion d'un ouvrage d'Ulpien. Le M. S. disparut bientôt après ; mais on admet généralement aujourd'hui son identité avec un M. S. qui se trouve actuellement à la bibliothèque du Vatican (8). Il débute par les mots « Incipiunt tituli ex corpore Ulpiani ». La critique moderne a établi d'une façon satisfaisante que les titres qui suivent sont tirés d'un abrégé du *Liber sing. Regularum* d'Ulpien, composé peu après l'année 320, en retranchant simplement les matières qui n'étaient plus applicables à la législation d'alors, mais sans autre corruption du texte (9). C'est une sorte de *vade*

Muirhead (Edimbourg, 1880), Gneist, (Leipzig, 1880), Dubois (Paris, 1881), Abdy et Walker (leur 3e, Cambridge, 1885, qui cependant ne contient aucune mention des leçons nouvelles publiées par Studemund en 1884). Dubois a reproduit l'*Apographum* plus littéralement que les autres. Il n'offre point de restitutions conjecturales de son propre chef ; mais il ajoute en note et fréquemment critique celles qui ont été suggérées par les précédents éditeurs.

(7) *Supplementa ad Codicis Veron. Apographum Studemundianum composuit* Guil. Studemund. Ces suppléments sont imprimes en facsimile dans l'introduction de la deuxième édition, pour les étudiants, de Gaius, par Krüger et Studemund, et insérés dans le texte. Cette édition forme le premier volume de la *Collectio librorum juris antejustiniani in usum scholarum* de Krüger, Mommsen, et Studemund.

(8) Savigny, « Ueber d. Vatikanische M. S. des Ulpian, » dans ses *Verm. Schrift.*, vol. III, p. 28 *sq.*

(9) Mommsen, « De Ulpiani Regularum libro singulari, » dans la 4e édition de Böcking (Bonn, 1855) ; Krüger, dans la préface de son édition d'Ulpien (*l. c.*, note 10), p. 1 *sq.*

mecum pour les praticiens, plutôt qu'un ouvrage d'enseignement : presque chaque ligne contient une doctrine, dans un langage d'une netteté incomparable. Il suit assez l'ordre de Gaius, toutefois renferme diverses matières que ce dernier avait omises à dessein, telles que le droit relatif à la dot, les dispositions de la loi Julia et Papia-Poppæa, et ainsi de suite. Malheureusement une grande partie du traité est perdue, car le manuscrit se termine brusquement par le droit de succession ; en sorte que nous sommes privés des règles sur les obligations et les actions, dont un petit nombre de phrases nous est conservé ailleurs. Toutes les éditions modernes sont basées sur un fac-simile du M. S. du Vatican, fait en 1855.

La collection connue sous le nom de Sentences de Paul (*Julii Pauli libri V Sententiarum ad filium* est une compilation en ce sens, – que tandis que son ensemble est tiré du traité ainsi désigné, ses parties néanmoins sont recueillies de diverses sources intermédiaires. L'original, qui était aussi un *vade mecum* pour la pratique, plus détaillé et plus complet que celui d'Ulpien, et arrangé suivant l'ordre de l'Edit de Julien fut tenu en la plus grande estime aux troisième et quatrième siècles ; une décision de Constantin en 327 et la loi des Citations de Valentinien en 426 lui accordèrent autorité aussi pleine qu'à aucune constitution impériale (11). La prééminence ainsi confé-

(10) *Ulpiani liber sing. Regularum. Cod. Vat. exempl. cur.* Ed. Böcking, Leipzig, 1855. Parmi les éditions postérieures, on peut mentionner celles de Vahlen (Bonn, 1856), Krüger, (vol. II de la *Collectio*, etc., mentionnée note 7, Leipzig, 1878), Huschke (4ᵉ éd. de sa *Jurisprudentia antejustiniana*, Leipzig, 1879, p. 547 *sq*) [5ᵉ éd. 1886, p. 568 *sq*], Muirhead, (en appendice à son *Gaius*, Edinbourg, 1880), Gneist 2ᵉ éd. de ses *Syntagma Institutionum*, Leipzig, 1880), et Abdy et Walker (en appendice à leur *Gaius*, 3ᵉ éd., Cambridge, 1885).

(11) La *Consultatio* (*infra*, § 81) dit, VII, 3, — «... secundum sententiam Pauli juridici, cujus sententias sacratissimorum principum scita

rée aux Sentences, explique comment il se fait qu'elles trouvèrent place dans la *Lex Romana Visigothorum* (§ 82); mais considérablement abrégées par l'omission de tout ce que les compilateurs jugèrent n'avoir plus de valeur pratique. Quelques-uns des MSS. postérieurs de la collection Visigothienne contiennent des passages qui ne se trouvent pas dans les premiers; mais les principales sources de l'augmentation du texte sont le Digeste de Justinien et la *Collatio*; les Fragments du Vatican et une ou deux autres collections y ont aussi aidé dans une certaine mesure. Le résultat est une reconstruction des cinq livres, divisés chacun en titres munis de rubriques ayant, dans leur ensemble, à peu près trois fois la grosseur de ce qui nous reste des Règles d'Ulpien. Il en est ainsi au moins dans l'édition de Krüger, où les additions du Digeste, etc., sont imprimées en dehors du texte; toutefois certains éditeurs, comme, par exemple, Huschke, se contentent de mentionner ces additions, là où ils estiment qu'est leur place propre, et n'impriment *in extenso* que ce qui se trouve dans les manuscrits de la Collection Visigothienne (12).

Les quatre traités suivants sont de moindre importance que les trois précédents, décrits plus haut, tout en étant encore de valeur considérable pour les jurisconsultes, savoir : — (1). Quelques fragments des *Notæ juris* de Valerius Probus, qui vivait à l'époque de Néron, Vespasien et Domitien, — explication du sens de lettres isolées, qui

semper valituras ac divalis constitutio declarant. » C'est probablement à cause de l'autorité, qui leur est ainsi accordée que, dans un ou deux MSS., elles sont appelées *Pauli Receptæ Sententiæ*.

(12) Les éditions sont nombreuses; mais il suffit de se reporter aux deux mentionnées aux texte. Celle de Krüger (de 1878) est dans le vol. II de la *Collectio librorum*, etc., citée note 7; celle de Huschke, dans la *Jurisprudentia antejustiniana*, citée note 10.

se rencontrent dans les lois et plébiscites, dans la pratique du *jus civile*, dans les *legis actiones*, et dans l'Edit perpétuel. A. T. M. D. O., par exemple, est interprété — « aio, te mihi dare oportere » ; — B. E. E. P. P. V. Q. I., — « bona ex edicto possideri proscribi venireque jubebo », et ainsi de suite pour un nombre de plus de 150 *notæ*. L'édition la plus autorisée est celle de Mommsen, dans la collection de Keil des *Grammatici Latini* (13). (2) *Volusii Marciani assis distributio*, traité sur la monnaie, les poids, mesures et les modes usuels de partager une hérédité, écrit à l'époque d'Antonin le Pieux ou de Marc Aurèle. Ici aussi l'édition autorisée est celle de Mommsen, dans les Actes de l'Académie de Saxe (14). (3) Ce que l'on connaît sous le nom de *Fragmentum Dositheanum de manumissionibus*, — passage tiré d'un livre classique, datant de l'année 207, que le maître (Dosithée) avait l'habitude de donner à traduire à ses élèves. Quant à l'original, quelques-uns l'attribuent à Pomponius, d'autres à Cervidius Scævola, d'autres encore à Gaius, Ulpien ou Paul (15). (4) L'ouvrage désigné sous le nom de *Fragmentum de jure fisci*. Il fut trouvé par Niebuhr, dans la bibliothèque du chapitre de Vérone, en même temps qu'il découvrit le MS. de Gaius. On diffère d'opinion sur sa date et son auteur : la plupart des critiques l'attribuent à Paul ; mais Huschke pense qu'il est d'Ulpien, et quelques jurisconsultes le regardent comme n'étant point antérieur à l'époque de Dioclétien. Il fut édité pour la première fois par

(13) Aussi publiée dans la *Collectio*, etc., p. 141 *sq*, et Huschke, *l. c.*, p. 129 *sq*.

(14) Publiée dans Huschke, *l. c.*, p. 409, *sq*. [5e éd., p. 411 *sq*.]

(15) Publié dans le vol. II de la *Collectio*, etc., p. 149 *sq*, et dans Huschke, *l. c.*; p. 422 *sq* [5e éd., p. 424 *sq*]. Sur les différentes opinions, là dessus, voir Karlowa, *Röm. RG.*, p. 764 *sq*.

Goeschen en 1820, en même temps que Gaius. Krueger fit une nouvelle copie du MS. en 1868 ; son fac-simile forme la base de toutes les éditions postérieures (16).

Outre les ouvrages précédents, il existe une ligne ou deux de Pomponius sur l'indivisibilité des servitudes, publiées pour la première fois en 1536 d'après un MS. qui avait appartenu à l'un des Scaliger (17) ; une phrase du premier livre des *Responsa* de Papinien sur les pactes entre mari et femme, qui forme la conclusion de la *Lex Romana Visigothorum* (18) ; deux feuillets de parchemin, en très mauvais état, apportés de la Haute-Egypte en 1878, et maintenant au Musée de Berlin ; ils contiennent des extraits du cinquième livre des *Responsa* de Papinien, avec quelques notes d'Ulpien et de Paul (19) ; quatre autres parchemins déchirés, du neuvième livre des *Responsa* de Papinien, tirés d'Egypte, à peu près à la même époque, et maintenant au Musée du Louvre (20), quelques passages des Institutes d'Ulpien découverts par Endlicher en 1835, dans la bibiothèque impériale à Vienne, sur un parchemin qui formait la couverture d'un papyrus

(16) *Fragmentum de jure fisci edidit Paulus Krüger*, Leipzig, 1868. Voir *Collectio*, etc., vol. II, p. 162 *sq* ; Huschke, *l. c.*, p. 615 *sq* [p. 633 *sq*.]

(17) *Collectio*, etc., vol. II, p. 148 ; Huschke, *l. c.*, p. 146 *sq*.

(18) *Collectio, etc.*, vol. II, p. 157 ; Huschke, *l. c.*, p. 433 [p. 435].

(19) Communiqués pour la première fois à l'Académie de Berlin par Krüger, en 1879 et 1880 ; ils ont, depuis lors, en même temps que le parchemin mentionné note 24, fait l'objet de plusieurs articles, pour les principaux desquels voir les renseignements dans Karlowa, *Röm. RG.*, pp. 765, 766, notes. Il est remarquable que, dans ces parchemins, les lettres rouges des rubriques sont parfaitements conservées, tandis que les lettres noires du texte sont en grande partie rongées.

(20) Publiés, pour la première fois, par Dareste, en 1883, dans la *Nouv. Rev. Hist.*, p. 361 *sq.*, et depuis commentés par Alibrandi, Huschke, Krüger, Esmein, etc., voir Karlowa, *l. c.*, p. 768, et *Nouv. Rev. Hist.*, vol. X (1886), p. 219.

manuscrit *De Trinitate* (21); un passage du deuxième livre des Institutes de Paul, dans Boèce sur les Topiques de Cicéron (22); une couple de phrases de Modestin, l'une (du premier livre de ses Règles) publiée en 1573, par Pierre Pithou, d'après un MS. de son père, et l'autre prise dans les *Differentiæ* d'Isidore (23); enfin un fragment d'un auteur incertain, traitant, *inter alia*, de la condition des déditices, actuellement au Musée de Berlin; il fut tiré d'Egypte en même temps que les parchemins de Papinien ci-dessus mentionnés (24).

(21) *Collectio*, etc., vol. II, p. 157 *sq.*; Huschke, *l. c.*, p. 601 *sq*, [p. 617 *sq*]. Voir aussi la note des articles critiques sur ce sujet dans Karlowa *l. c.*, p. 772.

(22) *Collectio*, etc., vol. II, p. 160; Huschke, *l. c.*, p. 546 [562].

(23) *Collectio*, etc., vol. II p. 161; Huschke, *l. c.*, p. 626 [644].

(24) Communiqué à l'Académie de Berlin, par Mommsen, en 1879. Voir *supra*, note 19, et *infra* § 66, note 2.

CHAPITRE III

CHANGEMENTS ESSENTIELS

Section 66. — Citoyens, Latins Juniens et Pérégrins.

L'une des entreprises de la législation d'Auguste fut la reconnaissance d'une classe d'hommes libres, intermédiaire entre celles des citoyens et des pérégrins : ils reçurent le nom de Latins Juniens (1). Cela se passa de la façon suivante. Auguste était d'avis, et avec raison, sans aucun doute, qu'une des causes, qui avaient contribué à la corruption sociale et politique de la fin de la république, était la dégradation de la bourgeoisie, par suite de l'admission, dans ses rangs, d'un nombre énorme d'esclaves affranchis. Avant sa législation, tout esclave régulièrement affranchi, devenait naturellement citoyen, bien qu'il n'eût qualité pour être inscrit que dans l'une des quatre tribus urbaines. La loi Ælia Sentia de l'an 4 A. D. fut portée afin de rendre plus difficile l'acquisition du droit de cité à la suite d'affranchissement. Avant sa promulgation, il y avait trois modes réguliers d'affranchissement (*legitimæ manumissiones*) connus du droit, savoir : 1) une ins-

(1) *Fragm. Dosith.* (*supra*, p. 423) §§ 6-8 ; Vangerow : *Ueber die Latini Juniani* » Marbourg, 1833 ; Cantarelli, « I Latini Juniani, » *Archiv. Giurid.*, vol. XXIX (1882) p. 3 *sq.*, vol. XXX (1883), p. 41 *sq.*; et les ouvrages cités *supra*, § 57, note 4 [Pad. Cogl., pp. 395, 544 et notes. Schneider, « Noch einmal die Latini Juniani, etc., *Z. d. Sav. Stift. f. RG.* 1886 *R. A.* p. 31 *sq.*]

cription du nom de l'esclave sur la liste du cens en qualité d'homme libre, 2) un acte solennel en présence du préteur (*manumissio vindicta*), et 3) la concession, par testament, de la liberté. Mais il y avait aussi divers modes irréguliers, tels qu'une déclaration écrite, adressée à l'esclave par son propriétaire, une invitation à prendre place à sa table, une concession faite sans formes, en présence d'amis, etc. Les *legitimae manumissiones* seules pouvaient rendre l'affranchi citoyen, et cela seulement dans le cas où celui qui affranchissait l'esclave était son propriétaire quiritaire : des affranchissements irréguliers, et même l'affranchissement régulier émanant du propriétaire simplement bonitaire (p. 345 et n. 13) étaient *de jure* inefficaces, bien que sanctionnés *de facto* par l'intervention du préteur.

Les dispositions principales de l'innovation législative étaient les suivantes : — 1) tous les affranchissements en fraude des droits des créanciers seraient nuls, avec cette restriction, — qu'un insolvable pourrait instituer héritier testamentaire l'un de ses esclaves, dans le but d'éviter l'opprobre de la faillite *post mortem* ; 2) l'affranchissement par un propriétaire au-dessous de vingt ans, n'aurait point d'effet, à moins qu'il n'eut été accompli *vindicta*, et pour des raisons estimées suffisantes par un tribunal d'enquête établi dans ce but ; 3) l'affranchissement d'esclaves âgés de moins de trente ans devait, pour les rendre citoyens, satisfaire aux deux mêmes conditions ; 4) les esclaves, qui auraient subi un châtiment criminel ou auraient été avilis de quelque façon, ne deviendraient, en aucune circonstance, citoyens à la suite de leur affranchissement, mais seraient rangés seulement parmi les déditices, incapables de parvenir jamais, par aucune voie, à la cité romaine, et soumis à d'autres incapacités

sérieuses à la fois dans la vie publique et privée (2). Toutefois, pour venir en aide à l'affranchi de moins de trente ans, qui était privé de la qualité de citoyen, uniquement parce qu'on avait négligé de faire approuver officiellement son affranchissement, ou qu'on l'avait accompli autrement que *vindicta*, on décida que, s'il épousait une femme citoyenne romaine, ou latine des colonies, ou de sa propre classe à lui, en déclarant en même temps, en présence d'un certain nombre de témoins, qu'il faisait cela suivant les termes de la loi, et afin d'en obtenir le bénéfice, alors, au cas où il y aurait un enfant de ce mariage, ayant atteint l'âge de douze mois, il aurait le droit d'aller trouver le préteur ou le gouverneur de la province, et, en faisant la preuve des faits, d'obtenir de lui une déclaration du droit de cité, dont le bénéfice s'étendait aussi bien à sa femme et à son enfant, si la première n'était pas déjà citoyenne (3).

Mais il se présentait assez naturellement la question de savoir quelle était la condition réelle de l'affranchi, avant qu'il eût acquis ainsi le droit de cité. Etait-il esclave ou libre ? On dit d'ordinaire qu'il était esclave *de jure*, mais *de facto* libre (4) ; (bien que l'esclavage *de jure* soit difficilement compatible avec la reconnaissance de la possibilité de mariage entre lui et une femme, qui pouvait être même une citoyenne). La loi Junia Norbana, de

(2) Voir Zubli, *De L. Aelia Sentia*, Leyde, 1861 ; Brinz, *Die Freigelassenen d. L. Aelia Sentia u. das Berliner Fragment von d. Dediticiern*, Fribourg, 1884. (Le Fragment, auquel il est fait allusion, est celui qui est mentionné à la fin de la dernière section). [Max Cohn, Ueber das neue Fragment de dediticiis *Z. d. Sav. Stift.* 1881. *R. A.* p. 90 *sq.*]

(3) C'était techniquement la *causæ probatio ex lege Aelia Sentia* (G., I, 29) ; et acquérir le droit de cité de cette façon était *ex l. Aelia Sentia ad civitatem pervenire* (G., III 73.

(4) « Ex jure Quiritium servi, sed auxilio prætoris in libertatis forma servati » (G., III, 56).

l'an 19 A. D. fut rendue pour régler la question (5). Elle le fit, en déclarant que la condition de ces affranchis au-dessous de trente ans, dont l'affranchissement n'avait point satisfait à la double condition d'avoir été sanctionné par le conseil et accompli *vindicta*, serait semblable à celle des Latins des colonies (§ 51); et, en partie la loi Junia elle-même, en partie la législation subséquente semble avoir conféré la même condition à tous les affranchis, qui ne devenaient pas citoyens à cause de l'irrégularité de leur affranchissement, à l'exception de ceux qui tombaient dans la classe des déditices. De là sortit cette Latinité Junienne, qui tient une si large place dans Gaius et Ulpien. Elle avait cet avantage, — qu'elle pouvait se convertir en cité romaine par divers moyens, *e. g.*, l'exercice, pendant un certain temps, de quelque commerce, profession, ou état, dont la communauté retirait un avantage; la réitération de l'affranchissement, de façon à effacer ses vices, la concession impériale, et ainsi de suite (6). Tant qu'on restait latin, on avait le *commercium*, et, par conséquent, on pouvait être partie à une mancipation, et tenir la propriété à titre quiritaire (7). Mais le Latin Junien ne pouvait pas faire un testament (8), et, bien qu'il pût légalement être institué héritier, ou nommé légataire, en vertu d'un testament (9), néanmoins la loi ne lui permettait de recueillir l'hérédité, pour laquelle il avait été institué, ou le legs qui lui avait été adressé, que s'il transformait son droit de latinité en droit de cité dans un

(5) Il y a controverse sur la date de la loi Junia et son rapport avec la loi Aelia Sentia. Voir § 57, note 4.
(6) G., I. §§ 32-34; Ulp., III, §§ 1-6.
(7) Ulp., XIX., 4.
(8) G., I. 23; Ulp., XX. 14.
(9) Ulp., XXII. 3.

certain délai limité (10). Comme il n'avait point la *potestas* sur ses enfants, ils ne pouvaient lui succéder à sa mort, ni comme *sui heredes* du *jus civile*, ni comme *liberi* de l'édit du préteur. Sans la loi Junia, qui conférait *de jure* la liberté à l'affranchi, il n'y aurait eu aucune difficulté pour déterminer ce qu'on devait faire de ses biens après son décès. Avant sa promulgation, l'affranchi était encore, *de jure*, un esclave, et tout ce qui était à lui n'était en droit qu'un *peculium*, la propriété de son *manumissor*, à qui cela retournait à la mort de l'affranchi. La loi Junia réserva expressément le droit du *manumissor* sur ces biens, à titre de *quasi-peculium*; il prenait le patrimoine du Latin, à la mort de ce dernier, non pas, toutefois, comme héritier, mais comme propriétaire, dont le droit sur ces biens avait été seulement suspendu pendant la vie de l'affranchi (11). C'est là l'explication du mémorable *dictum* de Justinien (qui abolit la Latinité Junienne) que le Latin passait sa vie en homme libre, mais, en rendant le dèrnier soupir, perdait à la fois la vie et la liberté (12).

Ce doit avoir été entre les années 212 et 217 que Caracalla publia sa constitution, qui conférait le droit de cité à tous les habitants libres de l'empire (13). Si étendues qu'en aient été les conséquences, le but primitif était pu-

(10) G., II. 110, 275; Ulp., XVII. 1. XXII. 3. XXV 7. Mais il pouvait, comme latin, recueillir une hérédité ou un legs en vertu d'un testament militaire, ou un fideicommis testamentaire laissé même par un *paganus*.

(11) G., III 56.

(12) Just., *Inst.*, III. 7, § 4. Le droit de l'ancien propriétaire était si pleinement reconnu, et il était si complètement investi de cet avantage, qu'il pouvait le transférer *inter vivos* ou le laisser à un légataire (G., II 195). C'est ce que signifie *legatum latini* dans le passage mentionné.

(13) Dion Cass., LXXVII. 9; Ulp., au *Dig.*, I. 5. fr. 17. Justinien (*Nov.* 78, ch. 5) l'attribue par erreur à Antonin le Pieux.

rement fiscal. Auguste avait imposé une taxe de cinq pour cent sur les héritages et legs, sauf au cas d'une succession dont l'ensemble était inférieur à 100.000 sesterces, ou d'un héritier ou légataire proche parent du défunt (14). Elle fut maintenue par ses successeurs : elle était très productive, grâce au penchant des gens des classes aisées pour la félicité du célibat, que suivait une distribution testamentaire de leur fortune entre leurs amis. Mais elle n'atteignait que les successions des citoyens romains (15), de façon que la grande masse de la population provinciale y échappait. Caracalla, se trouvant dans le besoin, non seulement l'augmenta, en la portant temporairement à dix pour cent, mais élargit son champ d'action, en élevant tous ses sujets libres au rang de citoyens. Les termes d'Ulpien sont très compréhensifs. — « In orbe Romano qui sunt..... cives Romani effecti sunt » : mais il y a sur leur signification de grandes divergences d'opinions, causées par ce fait que les pérégrins sont encore mentionnés par certains successeurs de Caracalla. L'interprétation raisonnable est que cet édit conféra le droit de cité aux Latins Juniens et à tous les sujets pérégrins de l'empereur, à l'exception des déditices de la loi Aelia Sentia ; et la faveur, bien naturellement, s'étendit à leurs descendants. Mais cela n'exclut pas la possibilité qu'il y ait eu des pérégrins dans l'avenir, lorsque des gens qui n'avaient pas la qualité de citoyens, devenaient sujets de Rome, comme cela arriva, dans une certaine mesure, dans le cours du troisième siècle. Et bien que tous les Latins Ju-

(14) La *lex Julia de vicesima hereditatum*, de l'an 6 A. D. Voir là-dessus un article de Bachofen, dans ses *Ausgewählte Lehren des Röm. Civilrechts* (Bonn, 1848) p. 322 *sq.*

(15) Plin., *Panégyr.*, §§ 36-38.

niens vivant à la date de la constitution devinssent citoyens de par cette constitution, leur classe dut immédiatement commencer à se reformer, par l'effet d'affranchissements, qui n'étaient pas, en tous points, conformes aux exigences de la loi Aelia Sentia. Toutefois, que l'on limite comme on le peut, la constitution de Caracalla, il ne saurait y avoir de doute sur son immense portée. En conférant le droit de cité aux pérégrins provinciaux, elle les soumit, dans tous leurs rapports, au droit de Rome, et leur donna qualité pour prendre part à bien des transactions soit *inter vivos*, soit *mortis causa*, qui leur avaient été précédemment inaccessibles. Elle supprima la nécessité du *jus gentium*, comme système positif séparé. Ses principes et ses doctrines, il est vrai, survécurent, et furent développés et élaborés aussi librement et avec autant de succès que jamais ; mais on les traitait alors comme part et portion du droit civil de Rome, qui avait cessé d'être un droit Italien et était devenu le droit de l'Empire.

Section 67. — Concession de privilèges particuliers aux soldats

Tandis que la période, dont nous traitons, vit disparaître au fond la distinction entre citoyens et pérégrins, elle fut témoin de la naissance d'une autre distinction, — la distinction entre soldats et civils (*milites, pagani*) (1). La situation particulière des soldats, dépensant les plus belles années de leur vie dans les camps, loin de la maison et de la famille, n'ayant que peu de chose,

(1) Kuntze (*Cursus*, p. 648 *sq*) consacre deux ou trois chapitres au *jus militare*.

eu rien de commun avec les simples citoyens occupés des soins de leur famille, de leurs biens et de leur négoce, d'un côté les soumettait à diverses incapacités, et de l'autre, leur donnait droit à d'importantes faveurs. Ils ne pouvaient, par exemple, acquérir des terres dans la province où ils servaient ; ils ne pouvaient remplir aucune fonction municipale, ni se rendre cautions pour autrui ni agir comme mandataires d'un tiers dans un procès. Leur service les exemptait de la charge des tutelles ; ils étaient relevés des conséquences de l'erreur de droit, au lieu que les simples citoyens, qui avaient l'occasion d'obtenir des conseils, n'étaient restitués que contre l'erreur de fait. Si un soldat succombait dans un procès, il n'était pas permis à son adversaire de le dépouiller de son dernier sou ; et, lors de sa libération, et comme récompense de son service, il recevait souvent la concession du *conubium* avec la femme qu'il choisirait comme épouse, fût-elle latine ou pérégrine.

Mais les manifestations les plus remarquables du *jus militare* furent le testament militaire et le *castrense peculium*. Le premier pouvait braver toutes les règles, à la fois de forme et de fond des testaments, prescrites par le *jus civile* et l'Édit du préteur. On dit que Jules César fut le premier à conférer aux soldats le droit de tester sans observer les exigences du droit commun. Son exemple fut suivi par Titus, Domitien et Nerva, et, à partir du règne de Trajan, le testament militaire devint une institution reconnue. « Je donnerai effet, » dit-il, « aux volontés dernières de mes fidèles compagnons d'armes, de quelque manière qu'ils aient testé. Qu'ils fassent donc leur testament comme il leur plait, qu'ils le fassent comme ils le peuvent ; la simple volonté (*nuda voluntas*) du testa-

leur suffira pour régler la distribution de ses biens » (2). Ce pouvait être par écrit, verbalement ou, sans paroles, par signes faits peut être par un mourant ; tout ce qu'on exigeait était une volonté manifestée de façon à ne pas donner lieu à une méprise (3). Et de même qu'on pouvait ainsi faire son testament, dégagé de toutes les entraves de forme, de même, on pouvait aussi le révoquer, y ajouter, le modifier, le refaire. Ce qui est encore plus extraordinaire, — c'est que le testament était maintenu, lors même que ses dispositions enfreignaient les règles les plus chères au droit commun. Contrairement à la maxime, qu'on ne pouvait pas mourir partie testat et partie intestat, le soldat pouvait disposer par testament d'une portion de son patrimoine, et laisser le reste descendre à ses héritiers *ab intestato* (4). Contrairement à cette autre maxime, — *semel heres, semper heres*, il pouvait donner sa fortune à A, sa vie durant, ou pour un certain nombre d'années, ou jusqu'à l'arrivée de quelque événement, en décidant qu'elle ferait alors retour à B (5). Contrairement à la règle générale, un latin ou pérégrin, ou une personne non mariée, ou bien mariée mais sans enfants, pouvait recueillir de lui une hérédité ou un legs aussi librement qu'un citoyen ayant des enfants (6). Son testament, en tant qu'il disposait seulement des *bona castrensia*, n'était pas atteint par la *capitis deminutio minima* (7). Il n'était pas infirmé par l'omission des *sui heredes* (8), et ceux-ci

(2) Ulp., au *Dig.*, XXIX. 1, fr. 1, pr.
(3) G., II. 109 ; Ulp., XXIII. 10 ; Just., *Inst.*, II. 11, pr.
(4) *Inst.*, II. 14, 5 ; *Dig.*, XXIX. 1, 6.
(5) *Dig.*, XXIX. 1. 15, § 4.
(6) G., II. 110, 111.
(7) *Dig.*, XXVIII. 3, 6. § 13 ; *Inst.*, II. 11, 5.
(8) *Inst.*, II. 13, 6.

ne pouvaient pas le récuser, en alléguant qu'il leur accordait moins que leur « légitime » (pp. 318, 319) (9) ; l'héritier institué n'avait pas la parole pour réclamer sa quarte Falcidie, lors même que les neuf dixièmes de la succession avaient été laissés à des légataires (10). Enfin, un testament postérieur n'annulait pas un testament antérieur, s'il apparaissait que, d'après la volonté du testateur militaire, ils devaient concourir (11).

Tout cela est remarquable, et dénote un esprit très différent de celui qui animait le droit commun des testaments. C'était, il est vrai, un principe pour les jurisconsultes de l'époque classique, de donner effet à la *voluntatis ratio*, dans l'interprétation des actes testamentaires : mais c'était à la condition que les exigences de la loi, quant à la forme et quant au fond, eussent été scrupuleusement observées. Mais, dans le testament militaire, les règles positives étaient forcées de céder à la *voluntas* sous tous les rapports : la volonté était presque absolument sans entraves. La loi romaine, en cette matière, faisait place à la loi naturelle. On aurait pu s'attendre à voir un changement si grand manifester son influence, par degrés, dans le droit ordinaire des testaments. Cependant cette influence est à peine visible. Sur un petit nombre de points, la législation de Constantin, de Théodose II et de Justinien s'est relâchée de la rigueur des anciennes règles ; mais on n'approcha jamais de la reconnaissance de la complète suprématie de la *voluntas*. Dans le *Corpus Juris*, le contraste entre le *testamentum paganum* et le *testamentum militare* était presque aussi marqué

(9) *Dig.*, V. 2. 27, § 1.
(10) *Dig.*, XXIX. 1. 17, § 4.
(11) *Dig.*, XXIX. 1. 19, pr.
(12) *Inst.*, II. 11, pr.

qu'à l'époque de Trajan. Le dernier était encore un acte privilégié dont l'usage était limité au soldat actuellement au service, et qu'il devait remplacer par un testament fait suivant les formes ordinaires du droit, dans les douze mois après qu'il avait quitté le service.

Le *peculium castrense* eut une influence plus vaste : il fut, en effet, la première d'une série de réformes, qui diminuèrent extrêmement l'importance de la *patria potestas* au point de vue du patrimoine. A son origine, ce ne fut que la concession, faite par Auguste à un *filius familias* au service, du droit de disposer par testament de ce qu'il avait acquis dans l'exercice actif de sa profession (*quod in castris adquisierat*) (13). Mais bientôt cela alla bien plus loin. Borné d'abord aux *filiifamilias* actuellement au service, le privilège fut étendu par Hadrien à ceux qui avaient obtenu un congé honorable (*missio honesta*). Le même empereur leur permit, non pas simplement de tester sur leur *peculium castrense*, mais d'affranchir les esclaves qui en faisaient partie ; et, en faisant un petit pas de plus, on reconnut leur droit d'en disposer à titre gratuit *inter vivos*. Petit à petit, le cercle de ce pécule fut étendu, de manière à comprendre non seulement la paye du soldat et sa part de butin, mais tout ce qui lui était advenu, directement ou indirectement, à l'occasion de sa profession, -- son équipement, les dons qui lui étaient adressés pendant le service, les legs à lui faits par des camarades et ainsi de suite. Tout cela était, à un haut degré, subversif des doctrines du droit commun ; on pourrait presque le qualifier de révolutionnaire. Car cela impliquait, en premier lieu, la reconnaissance du droit d'un

(13) *Inst.*, II. 12, pr.

alieni juris à faire un testament, comme s'il était *sui juris;* et, en second lieu, la reconnaissance d'un patrimoine séparé chez le *filiusfamilias*, dont il pouvait user indépendamment de son *paterfamilias*, qui ne pouvait être atteint par les créanciers de ce dernier, et qu'il n'était pas tenu de rapporter (ou remettre dans la masse) en réclamant une part de la succession de son père. Cependant le droit virtuel du père, comme celui du *manumissor* sur son affranchi Latin Junien, était plutôt suspendu qu'éteint. Si, en effet, le fils militaire mourait intestat, le droit du *paterfamilias* revivait; il prenait les biens de son fils, non pas comme un héritier acquérant une hérédité, mais comme *paterfamilias*, affirmant à nouveau son droit de propriété sur le pécule (14). C'est ainsi que la loi essaya de concilier le privilège du soldat pendant sa vie, avec les prérogatives du chef de famille, après sa mort (15).

Section 68. — La Famille.

Toutes les branches du droit de famille subirent des modifications pendant cette période; mais il y eut relativement peu de changements radicaux, en dehors de ceux qui ont été mentionnés déjà. On a déjà fait allusion (p. 338) aux efforts d'Auguste pour encourager le mariage, pour lequel les gens du monde montraient un remarquable éloignement. La formation du lien entre mari et femme

(14) Cela fut toutefois modifié par la Novelle 118 de Justinien, en vertu de laquelle le père prenant une part quelconque dans le patrimoine de son fils décédé, le faisait à titre d'héritier; voir *infra*, § 85, n° 17.

(15) Les mêmes principes furent ensuite étendus au *peculium quasi castrense*, — les acquisitions d'un *filiusfamilias* dans l'exercice d'une fonction civile ou ecclésiastique au service de l'état; voir *Inst.*, II, 11, § 6; II, 12, pr.

n'exigeait encore en droit que l'échange réfléchi du consentement nuptial ; cependant, pour un ou deux effets, la venue de l'épousée dans la maison de son mari était regardée comme le criterium du mariage parfait (1). Mais il était rarement accompagné de *manus*. Une dépendance de ce genre répugnait tellement aux dames patriciennes, qu'elles refusaient de se soumettre à la célébration par *confarreatio ;* et, par suite, la difficulté de trouver des personnes qualifiées, par leur naissance d'une union formée *confarreatione*, pour remplir les hauts sacerdoces, devint si grande, qu'il fallut, au commencement de l'empire, décréter que la *confarreatio* ne produirait, à l'avenir, de *manus* que *quoad sacra*, et ne rendrait pas la femme membre de la famille de son mari (2). La *manus* par une année de cohabitation était déjà tombée en désuétude à l'époque de Gaius ; et, bien que la *manus* par *coemptio* fût encore en usage de son temps, elle était probablement tout à fait inconnue à la fin de la période. Le mari et la femme avaient donc leurs patrimoines séparés ; le ménage commun était entretenu par le mari, avec l'aide des revenus de la dot de la femme *(dos)*, — une institution, qui fut l'objet d'une grande sollicitude de la part des jurisconsultes, et fut, dans une certaine mesure, réglée par la loi. Le divorce était malheureusement très commun ; il était légitime, même sans cause déterminée ; quand le blâme

(1) Les allusions à la nécessité, en certains cas, de *la ductio uxoris in domum mariti* ont conduit certains auteurs Français à soutenir que le mariage était regardé par les jurisconsultes de l'empire, comme un contrat réel, plutôt que consensuel. Mais c'était seulement quand l'une des parties était morte ou avait abandonné l'autre avant qu'elles eussent vécu ensemble, et qu'ainsi la preuve ordinaire de l'échange parfait des consentements faisait défaut, qu'il fallait recourir à cette preuve comme circonstance de fait décisive.

(2) G., I. 136.

s'attachait à l'une des parties, elle subissait, dans une certaine mesure, la perte des dispositions matrimoniales; mais il n'y avait pas d'autre conséquence pénale.

On a déjà fait allusion au relâchement du lien entre père et enfant, au cas d'un *filiusfamilias,* qui avait embrassé la carrière militaire. Mais il ne se manifesta pas seulement dans ce cas; il y eut, en tous les sens, une tendance à apporter des restrictions à l'exercice de la *patria potestas*. Cela était dû, à un haut degré, à l'ascendant que gagnaient, dans le système romain, les doctrines du droit naturel; en partie aussi au fait que le pouvoir impérial, qui avait succédé au *regimen morum* des censeurs, le laissait exercer librement son influence sur les édits et rescrits. L'exposition d'un enfant était encore permise (3); mais le père ne pouvait plus, même en qualité de juge domestique, mettre son fils à mort; en fait, ses prérogatives se limitaient à un châtiment modéré; et, au cas d'une offense grave, méritant une punition sévère, la loi exigeait qu'il remît son fils aux tribunaux ordinaires (4). De même, son droit de les vendre fut restreint aux jeunes enfants; ce ne fut du reste permis que lorsque le père se trouvait dans une grande pauvreté et hors d'état de les entretenir (5); d'autre part, leur mise en gage par le père fut défendue sous peine du bannissement (6).

Sauf dans le cas isolé d'un fils militaire, le *paterfamilias* était toujours reconnu comme étant, en droit, propriétaire de tous les gains et autres acquisitions de ses

(3) La première prohibition absolue, qui en fut faite, fut portée par Valentinien et ses collègues en 374, *Cod.*, VIII, 51, 2.

(4) Alex. Sév. au *Cod.*, VIII 46, 3.

(5) Paul., *Sent.*, V, 1, § 1.

(6) Ibid.

enfants *in potestate;* mais on garda toujours la vieille règle, d'après laquelle il n'était pas tenu de leurs dettes civiles, au delà du montant du capital qu'il leur avait avancé, pour en user comme leur appartenant *de facto* (*peculium profectitium*), excepté quand il avait tiré profit de leur engagement, ou les avait expressément ou implicitement autorisés à le contracter, comme ses agents (7). Le *filiusfamilias* lui-même était tenu envers celui, avec qui il avait contracté, aussi complètement que s'il avait été *paterfamilias* (8), sauf une seule exception, savoir, quand la dette portait sur de l'argent emprunté. En ce cas, et sous certaines restrictions très raisonnables, le fameux sénatusconsulte Macédonien (du temps de Vespasien), déclara que le prêteur n'aurait pas le droit d'obtenir paiement, même après que son emprunteur serait devenu *sui juris*, par la mort de son père (9). Entre un père et son fils émancipé, il y avait, et il y avait toujours eu liberté entière de contracter; mais il en était maintenant de même entre un père et son fils soldat, en toute affaire relative au *peculium castrense*, lors même que ce fils était *in potestate*. Ce qui est encore plus remarquable c'est que l'idée nouvelle, qui agissait sur le *jus civile*, admit la possibilité d'une obligation naturelle entre le *paterfamilias* et le *filiusfamilias*, même à propos du *peculium profectitium;* obligation qui, tout en n'étant pas susceptible de sanction directe par une action, était pourtant reconnue et produisait effet indirectement, dans une certaine mesure (10).

(7) G., IV, 69-74.
(8) *Dig.*, XLIV, 7, 39.
(9) *Dig.*, XIV, 6, 1.
(10) Voir Savigny, *Das Obligationenrecht*, vol. I (Berlin, 1851), pp. 49, 59.

Dans la matière de la tutelle, la tutelle des impubères fut soigneusement conservée, et le droit la régissant fut réformé d'une manière importante, pendant la période que nous considérons actuellement, (particulièrement, pas un sénatusconsulte généralement mentionné sous le nom de *Oratio divi Severi*, qui prohibait l'aliénation de certains biens du pupille, sans autorisation de justice (11). Au contraire, celle des femmes pubères disparut graduellement. Ce changement, qui était en harmonie avec la disparition de la *manus* du mari, fut aidé par la loi Julia et Papia-Poppæa (qui fit de la libération de tutelle l'une des récompenses qu'elle offrait aux femmes fécondes), et par une *Lex Claudia*, qui abolissait la tutelle légitime des agnats. En réalité, c'était le résultat inévitable de la reconnaissance du droit, pour une femme, de substituer à son tuteur légitime, ou testamentaire, ou nommé par le magistrat, un autre tuteur de son propre choix, dont elle attendait toute complaisance à ses désirs, et dont, par conséquent, la coopération était une pure question de forme, et, en pratique, une plaisanterie.

L'institution de la garde ou curatelle *(cura)* de mineurs pubères est due à Marc Aurèle (12). La loi Plætoria, au milieu du sixième siècle de Rome, avait, à la vérité, frappé de peines ceux qui auraient tiré abusivement profit de l'inexpérience des mineurs, *i.e*, de personnes *sui juris* au dessous de l'âge de vingt-cinq ans ; et, depuis cette

(11) Il est reproduit par Ulpien au *Dig.*, XXVII, 9, fr. 1, § 2. Comme Sévère était en Asie, à cette époque (195 A. D.), il doit avoir été communiqué au sénat par écrit ; ce qui rend compte de la mention constante de l'*oratio* elle-même, au lieu du sénatusconsulte qui la confirma.

(12) Capitolin., *in Marc.*, 10. Voir Savigny, *Verm. Schr*, vol. II, p. 321 *sq.* Huschke, *Z. f. g. RW.*, vol. XIII, p. 311 *sq.*

époque, les préteurs avaient l'habitude de nommer des curateurs pour assister ces mineurs, en vue de protéger leurs intérêts, dans des affaires particulières. Mais ce fut Marc Aurèle qui, le premier, fit de la curatelle une charge générale permanente, destinée à durer dans les cas ordinaires jusqu'à ce que le jeune homme eut atteint la majorité (vingt-cinq ans). La nomination était faite à la requête du mineur lui-même; mais, en pratique, il était contraint à cette demande, par ce fait, — que son tuteur refusait de procéder à la reddition de comptes de son administration, jusqu'à ce qu'on eut joint à l'ex pupille un curateur, pour l'aider dans ses recherches, et avec le concours duquel le tuteur pouvait recevoir sa décharge, ce qui réduisait le risque de toute réclamation ultérieure à ce sujet. Les pouvoirs, devoirs et responsabilité de ces curateurs devinrent l'objet de définition et réglementation attentives et soigneuses de la part des jurisconsultes ; et le droit de garde, tel qu'ils le tracèrent, soit pour les tuteurs, soit pour les curateurs, a été largement accueilli dans les systèmes de droit modernes. *(12 bis).*

Section 69. — Possession, Propriété, Droits réels et Obligations.

Dans toutes ces branches du droit, il y eut beaucoup plus de développement organique que de changements radicaux. On écrivit beaucoup sur la possession : mais toujours incidemment, et surtout à propos des interdits possessoires et du droit d'usucapion ou acquisition de la propriété par prescription. Dans toute la longue liste des ouvrages des jurisconsultes, nous ne trouvons pas men-

[12 *bis*. Sur tous ces points consultez Pad. Cogl., p. 481 *sq*].

tion d'une seule monographie sur ce sujet : et comme les principes de la possession *quoad interdicta* et de la possession *quoad usucapionem* n'étaient en aucune façon identiques, et que nous n'avons point de certitude absolue que les compilateurs du Digeste de Justinien aient toujours eu soin de se rappeler la distinction entre eux, en arrangeant les extraits de ces ouvrages, la jurisprudence moderne n'est rien moins que sûre de ce qu'étaient en réalité les règles générales de la possession *per se* (1).

Dans le droit de propriété *(dominium)* on n'introduisit aucune innovation de très grande importance, à l'exception du *caducum* de la loi Papia Poppaea, comme mode d'acquisition (2) ; mais bien des parties de la matière furent soigneusement élucidées, comme, par exemple, les conditions de divers modes naturels d'acquisition, et les rapports entre un propriétaire et un tiers, qui retenait loin de lui sa propriété, suivant que la détention était de bonne ou de mauvaise foi. Parmi les droits réels, on prêta une grande attention à la nature de l'usufruit, les modes de le constituer et les situations respectives de l'usufruitier et du nu-propriétaire ; la législation imagina un moyen de donner effet au legs d'usufruit portant sur de l'argent, qui théoriquement n'était pas susceptible d'être l'objet d'un

(1) Le grand ouvrage de Savigny sur la Possession (*das Recht des Besitzes*), publié pour la première fois en 1803, a reçu de sa propre main de grandes modifications dans les éditions suivantes. Depuis lors, les livres sur ce sujet sont innombrables. Bruns, Ihering, Bekker, Dernburg, et une armée de juristes éminents ont écrit là dessus ; et il n'est pas exagéré de dire qu'il n'y a presque pas une des propositions de Savigny, qui n'ait été attaquée, et beaucoup complètement renversées. [Parmi les ouvrages récents, on peut citer Ramon de Olivart, *La Posesion*, Barcelonne, 1884 ; voir la bibliographie citée par Cogliolo, Pad. Cogl, p. 5290.]

(2) Ulp., *Fragm.*, tit. XVII ; XIX, § 17.

usufruit, puisqu'on ne pouvait s'en servir, sans le consommer. Les modes de constituer les servitudes, tant personnelles que prédiales, furent beaucoup simplifiés; on se passa du transport solennel par mancipation ou *cessio in jure*, et on en considéra la création rien que par pactes et stipulations, ou même par conventions dénuées de forme, suivies de l'exercice du droit, sans objection du propriétaire du patrimoine servant, comme suffisante à les rendre valables et efficaces, non-seulement contre les héritiers de ce dernier, mais même contre les tiers qui acquéraient de lui. L'hypothèque, garantie sur des biens ou réels ou personnels, parfaite par la simple convention, sans aucune transmission ou altération de la possession, supplanta, dans une large mesure, la *fiducia* ancienne et plus solennelle; avec le temps, les jurisconsultes réussirent à en faire une sûreté réelle des plus efficaces, avec toute facilité de réaliser la possession et éventuellement la vente de la chose qui avait été hypothéquée, en quelques mains qu'elle eût passé.

Le droit des obligations fit des pas immenses pendant cette période; mais, en dehors de l'expansion des obligations dites *obligationes quasi ex contractu*, et de la détermination du véritable fondement de l'action à accorder aux contrats dits innommés, les résultats se produisirent surtout au point de vue de la définition et de l'adaptation de la doctrine déjà existante, du classement des fondements de responsabilité déjà reconnus, et de la simplification des formes d'engagement admises.

(3) Car l'usufruit était le droit d'user des fruits ou profits de la chose, et de se les approprier, en en conservant toujours la substance.

Section 70. — Le droit de succession et en particulier les fidéicommis testamentaires.

Il y eut beaucoup plus de changements positifs dans le droit de succession que dans le droit de propriété ou d'obligation. On a déjà expliqué l'origine et le développement du testament militaire (p. 433 *sq*). Le testament du droit commun était encore, ostensiblement du moins, le testament *per aes et libram* (p. 216) : mais l'usage d'accorder la *bonorum possessio secundum tabulas* aux personnes désignées comme héritières, dans tout acte testamentaire portant à l'extérieur le nombre de sceaux requis, conduisit, à partir de Marc Aurèle, à négliger fréquemment les formalités, consacrées par le temps, de la *familiæ mancipatio* et de la *nuncupatio testamenti*. Ce fut son rescrit, déclarant que l'héritier légitime n'aurait plus désormais le droit de contester les volontés dernières d'un testateur, sur le motif technique du défaut d'accomplissement des exigences légales de pure forme, qui introduisit en pratique ce que Justinien appelle le testament prétorien (2). Les fragments qui nous restent d'un ou de deux actes testamentaires des premier et second siècles, montrent qu'ils étaient souvent très volumineux. Dans le testament d'un certain Dasumius, de l'an 109 (3), par exemple, nous trouvons les institutions et substitutions d'héritiers usitées, et une série de legs, (qu'il désirait devoir

(1) G., II 120.

(2) *Inst.*, II, 10, 2. Justinien le déclare sorti de l'Edit prétorien. Cela n'est pas tout à fait exact ; car, en vertu de l'édit, une concession de *bonorum possessio secundum tabulas* pouvait être détruite par une *hereditatis petitio*, à la demande d'un proche agnat du testateur, invoquant le vice de la confection du testament (G., II 119).

(3) Bruns, *Fontes*, p. 228 *sq*.

être payés libres de droits), des annuités, des fidéicommis et des affranchissements d'esclaves ; et, en même temps, des instructions sur les dispositions pour ses obsèques, l'érection d'un monument funèbre à sa mémoire, et la réserve de faire des changements et additions par codicilles.

Quelque cinquante ans avant la date de ce testament, on avait fait un changement important dans le droit des legs. Il y avait eu, et il continuait encore à y avoir quatre formes différentes, sous lesquelles un legs (*legatum*) pouvait être laissé (1), et auxquelles s'attachaient des conséquences très différentes, en ce qui concerne les droits conférés aux légataires. Il était, dans une large mesure, au pouvoir d'un testateur d'employer la forme qui lui convenait; mais sa volonté n'était pas entièrement illimitée; certaines particularités de l'objet du legs pouvaient rendre impropre l'une ou l'autre d'entre elles. Par exemple, bien qu'un testateur pût très légalement léguer la chose d'autrui, il ne pouvait néanmoins le faire valablement qu'en imposant à son héritier l'obligation de la procurer au légataire, ou bien de lui en payer la valeur (*legatum per damnationem*), — et non pas par un don direct à ce dernier (*legatum per vindicationem*). Il y avait diverses autres subtilités de cette sorte, dont la négligence entraînait fréquemment la nullité du legs. Pour y remédier, et en s'inspirant du même esprit, qui animait le droit en bien d'autres sens, savoir que la *voluntas* devait, autant que possible, être respectée malgré les défauts techniques de sa manifestation, un sénatus-consulte, de l'époque de Néron, décida que toutes les

(1) Elles sont décrites dans Gaius, II, 192-223.

fois qu'un legs autre qu'un legs *per damnationem* était inefficace dans la forme particulière qu'il avait revêtue, il recevrait effet comme s'il avait été en réalité un legs *per damnationem* qui, à bien des égards, était le plus favorable pour un légataire (5). Le résultat, bien qu'il ne se soit pas produit tout de suite, fut la simplification des legs, qui fraya le chemin à leur assimilation finale aux fidéicommis (*fideicommissa*).

Ceux-ci avaient été introduits à l'époque d'Auguste (6); non point par la loi, mais par quelque particulier désireux de tourner la règle de droit, qui l'empêchait de laisser soit une hérédité, soit un legs à une personne, qui n'avait point la *testamenti factio* avec lui (7). C'était une règle rigoureuse, quand elle s'appliquait au cas d'un citoyen, qui avait épousé une femme étrangère, avec qui il n'avait pas le *conubium ;* comme, en effet, les enfants issus du mariage n'étaient pas citoyens, comme leur père, mais pérégrins, comme leur mère (8), il ne pouvait ni les avoir comme successeurs *ab intestato*, en qualité de *sui heredes* ou d'agnats (9), ni les instituer héritiers ou les nommer légataires par testament. Suivant Théophile (10), qui développe une observation de Gaius (11), ce fut précisément pour faire face à cette hypothèse, que le *fideicommissum* fut imaginé pour la première fois. Le testa-

(5) G., II, 197, 218 ; Ulp., XXIV, 11a.
(6) *Inst.*, II, 23, 1 ; II, 25, pr.
(7) Ulp., XXII, 1.
(8) G., I, 67.
(9) Ils ne pouvaient même élever de prétentions en qualité de cognats, en vertu de l'édit prétorien ; car les préteurs suivaient la règle du *jus civile* dans cette mesure, — qu'ils n'accordaient point la *bonorum possessio* à quelqu'un qui n'avait pas la *testamenti factio* avec celui dont la succession était en jeu.
(10) Théoph., *Par Inst.*, II, 23, 1.
(11) G., II, 285.

leur instituait héritier un ami capable, sur lequel il pouvait compter, et le priait, aussitôt qu'il serait entré en possession de la succession, d'en transférer le bénéfice à ses enfants pérégrins. Il trouva bientôt des imitateurs ; et leur nombre dut se multiplier rapidement, après que l'empereur, choqué de la perfidie d'un fiduciaire, qui avait refusé d'accéder à la requête du testateur, eut renvoyé l'affaire aux consuls de l'époque, en leur enjoignant de faire à cet égard ce qu'ils trouveraient juste. La nouvelle institution s'établit si promptement dans la faveur publique, et les questions relatives à l'interprétation et à l'accomplissement des fidéicommis testamentaires devinrent si nombreuses, qu'avant qu'il fut longtemps on jugea nécessaire d'instituer un tribunal chargé spécialement de les trancher, — celui du *praetor fideicommissarius* (12).

L'emploi du fidéicommis comme moyen d'avantager ceux qui se trouvaient frappés d'incapacité comme héritiers ou légataires, par exemple les personnes qui n'avaient point de *testamenti factio*, les femmes frappées d'incapacité par la loi Voconia (p. 322, note, p. 367), les personnes non mariées, ou mariées, mais sans enfants, frappées d'incapacité par la loi Julia et Papia Poppaea (p. 387) et ainsi de suite, fut, avec le temps, prohibé par la loi (13) ; mais cela

(12) Just., *Inst.*, II, 23, 1. Un tribunal spécial était nécessaire pour cette raison, — que, par suite des relations particulières entre le fiduciaire et les gratifiés, il eût été difficile de rédiger une formule de renvoi devant un *judex* ordinaire, déterminant d'une façon précise la question pendante entre eux ; en conséquence, il n'y avait pas de renvoi de ce genre, et la cause était entendue, du commencement à la fin, et définitivement tranchée par le *prætor fideicommissarius* lui même, dans ce qu'on appelait une *extraordinaria cognitio*. Voir *infra*, § 72.

(13) G., II, 285-287.

n'atteignit pas sa popularité générale. En effet, soit qu'on eût eu en vue un transfert de l'*hereditas*, en tout ou en partie, au bénéficiaire (*fideicommissum hereditatis*), ou seulement d'une chose particulière (*fideicommissum rei singularis*), le fidéicommis testamentaire avait divers avantages sur l'institution directe ou le legs direct (*legatum*). En théorie, la charge du fidéicommis imposé à l'héritier en faveur du bénéficiaire, qu'elle l'obligeât à se dépouiller de la totalité ou seulement d'une partie de l'héritage, ne le privait pas de son caractère d'héritier, ne le dégageait pas des responsabilités de sa position; et, par suite, suivant la loi commune, il était en droit de refuser la succession, souvent au grand préjudice du bénéficiaire. Afin d'éviter un accident de ce genre, et, en même temps, pour régler leurs rapports *inter se* et à l'égard des débiteurs et créanciers du testateur, les parties prirent l'habitude d'entrer, à ce sujet, dans des arrangements contractés par stipulation; ces arrangements furent, dans une certaine mesure, rendus superflus par deux sénatus-consultes, le Trébellien, sous le règne de Néron, le Pégasien, sous celui de Vespasien (14), qui, à la fois, assurèrent le gratifié contre la répudiation de l'hérédité par le fiduciaire (*i. e.*, l'héritier), protégèrent ce dernier contre tout risque de perte, quand il n'était que fiduciaire et rien de plus, et permirent au fidéicommissaire de traiter directement avec les débiteurs et les créanciers du testateur, et de recueillir lui-même les effets corporels de l'hérédité.

C'était un des avantages de la libéralité fidéicommissaire, universelle ou à titre particulier, qu'elle pouvait être

(14) Pour leurs dispositions, voir, G., II, 252-259. Elles furent fondues ensemble et simplifiées par Justinien, comme il est indiqué aux *Inst.*, II, 23 [7. Pad. Cogl., pp. 508, 509.]

conférée par un codicille, même non confirmé par un testament s'y rapportant (15). Le codicille (*codicillus*), aussi une invention de l'époque d'Auguste, était un acte d'une nature très simple. Il n'était pas propre à renfermer une exhérédation des *sui*, ni une institution d'héritier ; mais, s'il était confirmé par testament, il pouvait contenir des legs directs, des affranchissements, nominations de tuteurs, et autres dispositions semblables ; et, confirmé, ou non, il pouvait, comme on l'a déclaré, être utilisé pour renfermer des fidéicommis. A la fin, on le considéra comme efficace, même en l'absence de testament, les fidéicommis, qui y étaient contenus, étant regardés comme charges imposées à l'héritier légitime (§ 87).

Les changements les plus importants dans le droit de succession ab intestat pendant cette période furent ceux qu'accomplirent les sénatusconsultes Tertullien et Orphitien, effets de cette reconnaissance des préceptes de droit naturel, qui étaient en voie de modifier, à tant de points de vue, les doctrines du *jus civile*. Le premier fut rendu sous le règne d'Hadrien, le second, en 178, sous Marc Aurèle. Jusqu'au sénatusconsulte Tertullien, la mère et son enfant, né d'un mariage qui n'avait pas été accompagné de *manus*, ne se trouvaient unis l'un à l'autre que comme cognats, et étaient en droit membres de familles différentes. Par conséquent, leur chance de succession mutuelle était éloignée, puisqu'elle venait après celle de leurs agnats respectifs au sixième ou septième degré. L'objet du sénatusconsulte (16) fut de préférer la mère à tous les agnats de son enfant prédécédé, à l'exception du père, du frère et de la sœur ; le père et le frère excluaient la mère ;

(15) Ulp., XXV, 12.
(16) *Inst.*, III, 3.

mais, en présence d'une sœur du défunt, et en l'absence de père ou de frère, elles partageaient également. Bien qu'on ne puisse guère douter que ce furent des considérations de droit naturel qui dictèrent cette réforme, néanmoins ses auteurs furent trop timides pour baser sa justification sur le principe abstrait de l'humanité générale, de crainte de paraître par là attaquer la sagesse du *jus civile* : aussi limitèrent-ils son application aux femmes, qui avaient le *jus liberorum, i. e.*, aux femmes de naissance libre, mères de trois enfants, et aux affranchies mères de quatre ; ils firent ainsi ostensiblement de ce droit une récompense de la fécondité (17). Le sénatusconsulte Orphitien (18) fut la contre-partie du Tertullien. Il donna aux enfants, légitimes ou illégitimes, un droit de succession à l'égard de leur mère, de préférence à tous ses agnats ; des constitutions ultérieures étendirent le principe et les admirent à l'hérédité, non seulement de leurs grands parents maternels, mais aussi de leur grand'mère paternelle.

(17) Cette limitation aux mères de trois ou quatre enfants se maintint jusqu'à ce qu'elle fut abrogée par Justinien (voir *tit. cit.*, § 4).
(18) *Inst.*, III, 4.

CHAPITRE QUATRIÈME

PROCÉDURE JUDICIAIRE

SECTION 71. — LE SYSTÈME FORMULAIRE (1)

La procédure ordinaire des trois premiers siècles de l'empire fut toujours encore divisée en deux phases : elle commençait devant le préteur *(in jure)* et se terminait devant un *judex (in judicio)*. Mais les *legis actiones* (§§ 33-37, 41) avaient fait place aux *formulæ* prétoriennes. Sous le système du *sacramentum*, les parties et spécialement le demandeur, avaient à formuler elles-mêmes, en paroles sacramentelles déterminées par la loi ou la tradition, la question controversée entre elles ; et suivant qu'elles l'avaient formulée, elle était transmise, pour être jugée, au tribunal centumviral, au *judex* ou aux arbitres ; et il n'était pas rare d'aboutir à ce résultat, de découvrir alors, bien trop tard, que le point réellement en cause avait été omis. Sous le système formulaire, les parties étaient libres de présenter leur plainte et leur défense au préteur, en tels termes qu'il leur plaisait ; le demandeur réclamait une *formula*, d'ordinaire indiquait sur l'*album* la formule qu'il pensait convenir à son dessein ; le défen-

(1) Voir Keller, *Röm. C. P.*, §§ 23-43 ; Bethmann-Hollweg, *Gesch. d. C. P.*, vol. II, §§ 81-87 ; Bekker, *Aktionen*, vol. I, ch. 4-7, vol. II, ch. 15, 19, 20 ; Baron, *Gesch. d. R. R.*, vol I §§ 202-215 ; Buonamici, *Procedura*, vol. II pp. 86-122. [Pad. Cogl., p. 571 *sq.*]

deur demandait, s'il était nécessaire, une exception, *i. e.*, un moyen de défense, dérivant du préteur ou de la loi, et qui, sans nier les faits ou le droit allégués, dans la cause, par le demandeur, servait à écarter le demande, pour des motifs d'équité ou d'ordre public. C'était au préteur à considérer et à déterminer si l'action ou l'exception devait être accordée, ou non (*dare, denegare actionem, exceptionem*) et, dans le cas où il l'accordait, s'il devait le faire conformément à la formule exposée sur l'album (p. 325) ou en la modifiant. Il en traduisait le résultat dans un acte, écrit et signé, par lequel il nommait un juge, l'informait de ce qu'il avait à vérifier, et lui donnait le pouvoir de prononcer un verdict de condamnation ou d'acquittement du défendeur. Cet écrit était la *formula*.

Bien que ce ne fut qu'aux premiers temps de l'empire que ce système de procédure atteignit son plein développement, néanmoins, il commença d'exister deux siècles avant la chute de la république. Gaius (2) attribue son introduction et son établissement définitif à la *Lex Aebutia*, probablement de la deuxième dizaine d'années du sixième siècle de la ville, et à deux lois judiciaires du règne d'Auguste, toutes trois lois mentionnées dans une section précédente (§ 44). On suppose généralement que la loi Aebutia, dont malheureusement nous ne savons que très peu de chose, donna aux préteurs, le pouvoir 1° d'imaginer une forme plus simple de procédure pour les causes déjà susceptibles d'être introduites *per legis actionem*; 2° d'imaginer des formes d'action pour les cas qui n'étaient pas susceptibles d'être instruits d'après le système ancien, et 3° de formuler eux-mêmes la question et de la

(2) G., IV, 30.

rédiger par écrit. Ce n'était en aucune façon un changement aussi radical qu'on le suppose parfois. Il y avait des *formulæ* employées par le préteur, et dans la procédure *per judicis postulationem* (§ 35) et dans la procédure *per condictionem* (§ 41). La différence entre ces formules et les *formulæ* du système de la loi Aebutia était celle-ci : — les premières étaient en partie de simples échos des paroles sacramentelles légales énoncées par le demandeur, et elles n'étaient point écrites, mais prononcées en présence de témoins.

Les actions personnelles du système formulaire furent, dans une large proportion, dégagées de la *legis actio per condictionem*. La succession des faits peut avoir été quelque chose de semblable à ceci. En prenant la forme la plus simple de cette *condictio*, l'action portant sur *certa pecunia*, en vertu de la loi Silia, le premier pas consistait à abandonner la *condictio* solennelle (3), dont elle tirait son caractère de *legis actio*, et à éviter ainsi un retard de trente jours. Le demandeur énonçait sa demande en termes quelconques, et, si le défendeur niait la dette, le préteur rédigeait aussitôt par écrit une nomination de juge, avec l'instruction, et y insérait la question en termes en substance les mêmes que ceux qu'il aurait employés dans la procédure primitive : « Titius, sois juge. S'il paraît que Numerius Negidius doive payer (*dare oportere*) 50.000 sesterces à Aulus Agerius, juge, condamne à cette somme Numerius Negidius envers Aulus Agerius (4) ; si cela ne paraît pas, acquitte-le. » Ceci n'était plus la *legis actio per condictionem*, mais la *certi*

(3), G., IV, 18.

(4) Dans les formules d'actions Romaines types, le demandeur était d'ordinaire appelé Aulus Agerius, et le défendeur Numerius Negidius.

condictio du système formulaire. La *condictio triticaria* du même système s'exprimait dans les mêmes termes : « Titius, sois juge. S'il paraît que N. N. doive donner à A. A. l'esclave Stichus, alors condamne N. N. envers A. A. à la valeur de l'esclave, quelle qu'elle soit », et ainsi de suite. Dans l'un et l'autre de ces exemples, la *formula* ne comprenait que deux des quatre clauses, qui pouvaient y trouver place (5), une « intentio » et une « condemnatio ». Dans les deux cas, l'objet de la demande était certain, — tant d'argent, dans un cas, un esclave dans l'autre : mais, tandis que, dans le premier cas, la *condemnatio*, elle aussi, était certaine, dans le second, elle était incertaine. Qu'arrivait-il si la demande aussi était incertaine, — par exemple, une part de profits d'une entreprise commune, garantie par stipulation. Il était parfaitement loisible au demandeur de s'en tenir à la fixation d'une somme et de la réclamer comme lui étant due ; mais c'était une chose très hasardeuse : car à moins de prouver la dette jusqu'au dernier sesterce, il n'obtenait rien. Pour prévenir le risque d'un échec de ce genre, les préteurs imaginèrent la *condictio incerti*, dont la *formula* commençait par une « demonstratio » ou indication de la cause d'action, à laquelle se référait l' « intentio », conçue d'une façon indéterminée : « Titius, sois juge. Attendu que A. A. a stipulé de N. N. une part de profits d'une entreprise commune, examine tout ce qu'il paraît que N. N. doive à cet égard donner à A. A. ou faire pour

(5) Gaius les énumère sous le nom de *demonstratio*, *intentio*, *adjudicatio*, *condemnatio*, et décrit leurs diverses fonctions au comment. IV, §§ 39-43. Outre ces clauses, la *formula* pouvait être précédée d'une *præscriptio* (G., IV 130-137) ; et on pouvait y insérer des fictions (§§ 32-38), des exceptions (§§ 115-125) et des répliques, dupliques, etc., (§§ 126-129).

lui (*dare facere oportere*), et condamne N. N. au montant de cette valeur », et ainsi de suite (6). Une fois ce point obtenu, les progrès ultérieurs étaient relativement aisés ; le chemin était ouvert à la construction de *formulæ* portant sur des droits non liquides, nés de transactions où la pratique de la stipulation tomba graduellement hors d'usage (p. 362) ; jusqu'à ce qu'on atteignît enfin les *bonæ fidei judicia*, marqués par la présence dans l' « intentio » des mots *ex fide bona* — « Tout ce que N. N. doit à cet égard donner à A. A. ou faire pour lui, en vertu de la bonne foi.

Dans le cas des actions réelles, la transition des *legis actiones* aux *formulæ* suivit une marche différente. La loi Aebutia n'avait pas aboli la procédure *per sacramentum*, quand le renvoi devait avoir lieu devant le tribunal centumviral, à propos d'une question de droit quiritaire. A l'époque de Cicéron, bien que la formule pétitoire fût quelquefois employée (7), ce tribunal était encore en pleine activité (§ 33, note 13) ; mais c'est une question douteuse de savoir si on y recourait, à l'époque de Gaius, sauf pour le jugement des questions d'hérédité. De son temps, les questions de propriété étaient intentées *per sponsionem* ou *per formulam petitoriam*. La procédure *per spon-*

(6) Cette action était spécifiquement appelée *actio ex stipulatu*, mais elle n'était en réalité qu'une variété de la *condictio incerti*. Les actions postérieures, en vertu des contrats consensuels, et en vertu de tous les contrats réels nommés, sauf le *mutuum*, avaient également des noms qui leur étaient propres, mais, en fait, étaient tout justement des *incerti condictiones* dans le sens le plus large de l'expression. [Elles devinrent plus tard des actions de *bonne foi* proprement dites, par l'introduction du principe d'équité, qui donna à l'opération un caractère parfaitement synallagmatique. Comp. Fietta, *les origines de la théorie classique des actions*, Nancy, 1888, p. 12 *sq*].

(7) Voir un exemple dans Cic., *in Verr. II.*, II. 12, § 31.

sionem doit être considérée comme le pont jeté entre la procédure du *sacramentum* et la *vindicatio* de la formule petitoire. Dans la première, comme dans la seconde, la question de droit réel n'était tranchée qu'indirectement. Le demandeur réclamait du défendeur la prestation d'une promesse par stipulation de payer une somme nominale de vingt-cinq sesterces, pour le cas où on trouverait que la chose, objet de la contestation, lui appartenait à lui, demandeur ; en même temps, le défendeur donnait des garanties pour le transfert, au demandeur, de la chose, avec tous ses fruits et avantages, dans la même éventualité. La *formula* adaptée et remise au juge ne soulevait *ex facie* que la simple question de savoir si les vingt-cinq sesterces étaient dus ou non : l'action était, en la forme, une action personnelle, non point réelle, et, par conséquent, renvoyée à bon droit au *judex* unique, au lieu du tribunal centumviral. Mais on ne pouvait arriver à un jugement sur cette question qu'à l'aide d'un verdict (*sententia*) sur la question de droit réel ; s'il était rendu en faveur du demandeur, celui-ci ne réclamait pas le montant de la *sponsio*, mais la chose, qui avait été trouvée sienne, et si le défendeur tardait à la remettre, avec ses fruits et avantages, le demandeur avait un recours contre ses cautions (8). La *formula* pétitoire fut indubitablement d'introduction plus récente ; et bien plus franche. Comme la *condictio certi*, elle ne contenait qu'une « intentio » et une « condemnatio ». Elle était ainsi conçue : « Titius, sois juge. S'il paraît que l'esclave Stichus, au sujet duquel cette action a été intentée, appartient à A. A. en droit quiritaire, alors, et à moins que l'esclave ne soit

(8) G., IV, 91-96.

restitué, juge, tu condamneras N. N. envers A. A. à sa valeur, quelle qu'elle soit ; si cela ne paraît pas, tu l'acquitteras. »

Les *formulæ* données plus haut, qu'elles se soient appliquées aux actions réelles ou aux actions personnelles, sont autant d'exemples de la catégorie connue sous le nom de *formulæ juris civilis* ou *in jus conceptæ*. Le caractère d'une *formula* de ce genre, était qu'elle contenait dans l' « intentio » l'une ou l'autre des expressions suivantes — *ejus esse ex jure Quiritium*, *adjudicari oportere* (9), *dari oportere*, *dari fieri oportere* ou *damnum decidi oportere* (10). On employait une *formula* de ce genre, là où le droit à revendiquer ou l'obligation à faire exécuter avait sa sanction dans le *jus civile*, que ce fût sous la forme de loi promulguée, de coutume ou d'interprétation. Quand, d'autre part, le droit ou l'obligation trouvait sa sanction seulement dans l'édit du préteur, les *formulæ* ainsi conçues étaient impropres et inapplicables. Les actions employées en pareil cas étaient des *actiones juris honorarii*, lesquelles étaient soit des *actiones utiles* soit des *actiones in factum*. Les premières étaient des adaptations d'actions du *jus civile* à des cas qui n'y rentraient point proprement ; les secondes étaient des actions entièrement imaginées par le préteur, pour

(9) Employée seulement dans les actions divisoires, *i. e.*, pour le partage d'une copropriété, d'une hérédité, ou la détermination de limites ; la demande portait que le juge devait adjuger (ou attribuer en propriété) à chaque partie la portion qu'il estimerait juste.

(10) Employée dans certaines actions de délit, où les peines anciennes de la mort, de l'esclavage ou du talion avaient été converties en pratique en paiements de sommes d'argent, et où l'on réclamait en conséquence du défendeur de faire un accommodement de cette façon.

la protection de droits ou le redressement de torts inconnus du *jus civile* (11).

Parmi les *actiones utiles*, quelques-unes étaient appelées *actiones ficticiæ*. On dit parfois que recourir à une fiction est un aveu de faiblesse, et, en conséquence, on le critique amèrement. Mais toute réforme du droit est une reconnaissance d'un défaut du point réformé ; et il était en harmonie avec l'esprit du droit romain, quand il trouvait une action trop étroite en sa définition pour comprendre quelque cas nouveau qui aurait dû y rentrer, de feindre que le nouveau cas était le même que l'ancien, et de le ramener dans les limites de l'action existante et familière, plutôt que de causer un bouleversement, soit en altérant la définition de l'action, soit en introduisant un remède entièrement nouveau. Le *bonorum possessor* (p. 371) occupait une position inconnue au *jus civile ;* il n'était pas héritier et, par conséquent, n'avait pas qualité pour employer de prime abord les actions, qui compétaient à un héritier, soit pour recouvrer les biens appartenant au défunt, soit pour agir contre ses débiteurs. Le préteur n'aurait eu aucune difficulté à imaginer de toutes nouvelles actions pour faire face à cette hypothèse ; mais il préféra l'expédient plus simple consistant à adapter à ce cas les actions de l'héritier, en introduisant dans la *formula* une fiction de la qualité d'héritier civil (12). Il fit de

(11) Dans un petit nombre d'exemples (qui n'ont point été expliqués d'une manière satisfaisante), il y avait à la fois, pour le même dommage, un remède civil et un remède prétorien. Gaius observe en effet (IV, 47) que, dans le commodat et le dépôt, le défaut, par l'emprunteur ou dépositaire, de restituer la chose prêtée ou déposée, donnait naissance à des actions, qui pouvaient être formulées, soit *in jus* soit *in factum*. Dans le même passage, il donne les formules des *actiones depositi in jus* et *in factum concepta* : leur comparaison est instructive.

(12) G., IV 34.

même pour le *bonorum emptor* ou acheteur du patrimoine d'un insolvable, lors de la vente en masse de ce patrimoine par les créanciers. L'*emptio bonorum* était une institution purement prétorienne (13), et le préteur, s'il l'avait jugé à propos, aurait aisément pu affermir l'acquisition de l'acheteur, en lui donnant des moyens prétoriens pour recouvrer les biens, et poursuivre les débiteurs du failli ; mais, ici encore, il suivit le procédé plus simple consistant à lui accorder, comme s'il était un successeur universel, le bénéfice des actions d'un héritier, à l'aide d'une fiction de la qualité d'héritier (14). Un pérégrin ne pouvait poursuivre ni être poursuivi pour vol ou atteinte coupable à la propriété, car les XII Tables et la loi Aquilia ne s'appliquaient qu'aux citoyens ; mais il pouvait à la fois poursuivre et être poursuivi sous le couvert d'une fiction de droit de cité (15). Celui qui avait acquis une *res mancipi* en vertu d'un juste titre, mais sans en avoir obtenu le transfert par mancipation ou abandon en justice, s'il était dépossédé avant d'avoir achevé son usucapion, ne pouvait pas intenter une *rei vindicatio* pour la recouvrer, car il n'était pas en état d'affirmer être propriétaire quiritaire ; ni, non plus, pour la même raison, celui qui, de bonne foi et en vertu d'un titre suffisant, avait acquis une chose de quelqu'un qui n'était pas en situation de l'aliéner. Mais, dans l'un et l'autre cas, le préteur accordait ce qui, en réalité, était une *rei vindicatio*, procédant en vertu d'une fiction d'usucapion achevée (16). — L'action

(13) G., III. 77-81.

(14) G., IV. 35. Théophile (*Par. Inst.*, III. 12) appelle le *bonorum emptor* πραιτώριος διάδοχος (successeur prétorien) de l'insolvable.

(15) G., IV. 37.

(16) G., IV. 36.

Publicienne si extrêmement utile, qui a été mentionnée dans une section précédente (§ 52).

Ce sont là des exemples d'*actiones fictitiæ*, — actions du *jus civile* adaptées par cet expédient très simple à des cas auxquels autrement elles auraient été inapplicables, et qui formèrent l'une des variétés les plus importantes des *actiones utiles*. Toute différente était la marche de la procédure dans les *actiones in factum*, dont le nombre et les variétés étaient en pratique illimités, bien qu'elles fussent, pour la plus grande partie, accordées à la suite de la promesse faite par le préteur dans l'édit que, dans telles et telles circonstances, il renverrait devant un *judex (judicium dabo)* (17), et rédigées conformément aux types de formules s'y rapportant, également publiées dans l'album. Un grand nombre d'entre elles arrivèrent à être connues sous des noms spéciaux, comme, par exemple, l'*actio de dolo*, *actio negotiorum gestorum*, *actio hypothecaria*, *actio de pecunia constituta*, *actio vi bonorum raptorum*, *actio de superficie*, etc., le nom générique d'*actio in factum* étant d'ordinaire restreint aux actions innommées. Leurs *formulæ*, à la différence de celles qui étaient *in jus conceptæ*, ne soumettaient point de question de droit légal à l'examen du juge, mais seulement une question de fait, dont la preuve devait être suivie d'une condamnation. Celle de l'*actio de dolo*, par exemple, s'exprimait ainsi : « Titius, sois juge. S'il paraît

(17) Exemples : « Si quis negotia alterius... gesserit, judicium eo nomine dabo » (*Dig.*, III. 5, 3, pr.) : « Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et justa causa esse videbitur, judicium dabo ». (*Dig.*, IV. 3, 1, § 1) : « Nautae caupones stabularii quod cujusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos judicium dabo » (*Dig.*, IV. 9, 3, 1) : « Quod quis commodasse dicetur, de eo judicium dabo » (*Dig.*, XIII. 6, 1, pr.).

qu'A. A. a été amené, par le dol de N. N., à transférer et à céder à N. N. la possession de sa ferme (en la décrivant), alors, Juge, à moins que, sur ton ordre, N. N. ne la restitue, tu le condamneras à des dommages-intérêts envers A. A.; si cela ne paraît point, tu l'acquitteras. »

Les mots *nisi arbitratu tuo restituat*, dans cette *formula* sont un exemple d'une modification à la *condemnatio*, qui se rencontre fréquemment dans certaines classes d'actions. Sous le système formulaire, le juge, en condamnant le défendeur, n'avait point l'alternative de le faire autrement qu'en argent (18); le montant en était quelquefois fixé d'une façon précise par la *formula*, quelquefois limité à un maximum, quelquefois aussi laissé entièrement à la discrétion du juge (19). Mais il arrivait fréquemment, spécialement dans les actions portant sur la restitution ou exhibition d'une chose, qu'une indemnité pécuniaire n'était pas le résultat de la procédure le mieux approprié; et ainsi le juge reçut le pouvoir de déterminer, une fois le cas établi par le demandeur, quelle devait être, d'après toutes les circonstances et en loyauté et équité, la satisfaction suffisante à fournir par le défendeur (20). Il est possible que ce pouvoir discrétionnaire ait été, en certaines circonstances, conféré au juge en termes généraux, tels que « nisi arbitratu tuo N. N. A° A° satisfaciat »; mais, dans les actions en restitution ou exhibition, si la satisfaction n'avait point été fournie volontairement, c'était d'ordinaire l'exécution en nature que l'on ordonnait, sous telles modifications de manière, de

(18) G., IV, 48.
(19) G., IV, 50, 51.
(20) Permittitur judici ex bono et aequo secundum cujusque rei, de qua actum est, naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat » (Just., *Inst.*, IV, 6, § 31).

temps et de lieu, que le juge estimait convenables. Ce n'était qu'à défaut d'obéissance à son ordre que le juge procédait à une condamnation à des dommages-intérêts, dont le montant était fixé par le demandeur lui-même, sous serment. Les actions, dans lesquelles un pouvoir discrétionnaire de cette nature était conféré au juge, étaient appelées arbitraires *(actiones arbitrariæ)*. Il est à remarquer que la liste de ces actions, donnée par Justinien (21) ne contient que des actions prétoriennes. Mais on ne doit point en induire la conséquence que, dans les actions du *jus civile*, le juge n'avait point une autorité discrétionnaire semblable. Bien au contraire, Gaius dit qu'il était de son devoir d'acquitter le défendeur qui donnait satisfaction au demandeur à toute époque après la *litis contestatio* (22). Aucun doute qu'il ne fût obligé de le faire *ex officio* dans une action *bonæ fidei*; et le doute des Proculiens sur le point de savoir s'il était tenu ou même autorisé à le faire dans les actions *stricti juris* ne créait pas de difficulté réelle ; car il paraît bien que la pratique était d'introduire les mots *nisi restituat* dans les actions de cette sorte, quand on se plaignait de non restitution. Cela ne donnait point, il est vrai, au juge le pouvoir de déterminer quelle satisfaction devait, à défaut de restitution, être estimée, d'après les circonstances, suffisante pour le demandeur ; mais cela l'autorisait, — si même cela ne l'obligeait pas, — à s'abstenir de condamner un défenseur qui avait fait une restitution complète (23).

(21) *Inst.*, l. c. Le passage, dans lequel Gaius en traitait probablement, est presque entièrement illisible dans le M. S. de Vérone ; c'est la page 227 ; cela devait venir entre les §§ 114 et 115 du livre IV.

(22) G., IV. 114.

(23) Sur les *actiones arbitrariæ* et l'*arbitrium* du juge, voir Lenel, *Beitrage*, p. 80 *sq*; Sohm, *Inst.*, *d. R. R.*, p. 136 *sq*.

Une autre clause très souvent insérée dans une *formula* était celle qui était connue sous le nom d'exception (*exceptio*), — moyen de défense, qui écartait la condamnation pour des motifs d'équité ou d'ordre public, même après que le demandeur avait clairement établi le point de fait et de droit contenu dans son *intentio*. Ainsi, que l'on suppose A. ayant promis par stipulation 1000 sesterces à B., et B. ayant ensuite consenti sans formes à ne pas poursuivre pour cette dette : la convention, simple *nudum pactum*, était sans importance au regard du *jus civile*, et ainsi n'était point *ipso jure* un obstacle à l'action intentée par B., — elle n'avait en rien affecté le *dare oportere*. Cependant une telle action, en présence de la convention, impliquait, de la part de B., un manque de foi que le préteur ne pouvait tolérer. Il avait annoncé, dans son *album* qu'il donnerait effet à tout pacte dénué de formes contracté honnêtement, et qui ne contreviendrait pas à la loi, ni n'éluderait ses dispositions (24); ainsi, quand B. venait solliciter une *formula*, A. était en droit d'y faire insérer une instruction indiquant au juge que la condamnation était subordonnée au défaut de preuve par A. du *pactum de non petendo* allégué (« si inter A. A. et N. N. non convenit ne ea pecunia peteretur ») (25). Il en était de même quand on alléguait que l'argent promis l'avait été en remboursement d'un prêt qui, en réalité, n'avait jamais été fourni ; que la promesse avait été motivée par de faux rapports frauduleux, ou arrachée par intimidation, ou donnée sous l'empire d'une erreur de fait excusable ; que l'affaire avait été l'objet d'une transaction, et ainsi de suite ; — dans tous ces cas, l'exception formulée par le

(24) Ulp., *lib. 4 ad edict.*, au *Dig.*, II, 14, fr. 7 § 7.
(25) G., IV 119.

préteur était l'affirmation de l'équité du *jus honorarium*, dérogeant à la rigidité stricte du *jus civile*. Quelquefois le défendeur, au lieu de descendre à l'articulation d'un fait particulier, qui lui aurait donné qualité pour invoquer une exception spéciale, estimait qu'il lui était plus avantageux de faire insérer dans la formule des mots qui lui réservaient le droit d'alléguer tout procédé déloyal de la part du demandeur, de nature à ôter à ce dernier, en équité, le droit de réclamer une condamnation. C'était ce qu'on appelait l'*exceptio doli (generalis)*. — « si non in ea re quid dolo malo Aº Aº fiat. » Elle était regardée comme contenue dans toutes les actions *bonæ fidei* — « exceptio doli inest bonæ fidei judiciis »; le *quidquid dare facere oportet ex fide bona* de leur « intentio » autorisait le juge, sans qu'on ait formellement invoqué d'exception, à prendre en considération toute allégation, par le défendeur, d'une conduite déloyale de la part du demandeur (26).

Il est inutile d'entrer dans l'explication des vices qui pouvaient se présenter dans la *formula;* ni de la procédure *in jure*, avant l'adaptation de la formule, ou *in judicio* après; ni de l'appel, en vue de la révision du jugement par un tribunal plus élevé; ni de l'exécution, (qui était dirigée contre le patrimoine du débiteur en vertu de jugement, et ne prenait la forme d'un emprisonnement que lorsque ses biens ne pouvaient être saisis). On en a

(26) Sur la matière des exceptions, voir Lenel, *Ueber Ursprung u. Wirkung d. Exceptionen*, Heidelb, 1876, et la bibliographie qui y est mentionnée; Sohm, *Inst. d. R. R.*, p. 141 *sq.* Ce dernier explique très nettement, et dans un court aperçu, la nature des exceptions ayant un fondement législatif, tel que les sénatusconsultes Velléien et Macédonien, et la fonction de l'exception dans les *actiones in factum*. (Joign. Carré de Malberg, *Histoire de l'exception*, Paris, 1887).

dit assez pour montrer combien cette procédure était élastique, et combien les *formulæ* prétoriennes, jointes aux déclarations qui étaient faites à leur sujet dans l'Edit, fournissaient un moyen propre à introduire dans le droit une somme immense de doctrine nouvelle. Ce système était complétement développé avant la consolidation de l'Edit par Julien ; et la reconnaissance législative que reçut cet Edit ne fut pas pour diminuer son efficacité.

Section 72. — Procédure « Extra ordinem. » (1)

La procédure en deux phases, la première *in jure*, la deuxième *in judicio*, composait l'*ordo judiciorum privatorum*. Toutefois, dès le début de l'empire, le magistrat prit, dans certains cas, l'habitude de s'abstenir d'adapter une *formula* et de renvoyer devant un *judex*, mais de garder la cause entre ses mains, du commencement à la fin. Ce procédé fut adopté, parfois parce que la réclamation adressée avait une base plutôt morale que juridique, et parfois, afin d'éviter la révélation inutile de mésintelligences domestiques. C'est ainsi qu'on remit aux consuls l'examen et le contrôle des premières questions qui s'élevèrent au sujet des fidéicommis testamentaires ; apparemment parce que, dans l'état du droit existant, on jugeait impossible à un gratifié de soutenir à l'égard de l'héritier, (qui avait été seulement *prié* de complaire aux désirs du testateur), qu'il fût tenu en droit de lui payer (*dare oportere*) son legs. Si la difficulté s'était élevée à une époque antérieure et en pleine ardeur de l'énergie créatrice

(1) Voir Keller, *Röm CP.*, § 81 ; Bethmann-Hollweg, *Gesch. d. CP.*, vol. II, § 122 ; Bekker, *Aktionen*, vol. II, ch. 23 ; Baron, *Gesch. d. R. R.*, vol. I, § 220 ; Buonamici, *Procedura*, p. 398 *sq.*

des préteurs, ils l'auraient sans doute résolue à l'aide d'une *actio in factum*. Au moment où elle arrivait, ce fut aux empereurs qu'il appartint d'en traiter ; et ils adoptèrent la méthode de la *cognitio extraordinaria* ; la juridiction, qu'ils conférèrent en premier lieu aux consuls, fut confiée, avant qu'il fut longtemps, à un magistrat spécialement désigné à cet effet, — le *prætor fideicommissarius*. Les questions entre les tuteurs et leurs pupilles impubères commencèrent également à être traitées *extra ordinem* : la connaissance en fut commise par Marc Aurèle à un *prætor tutelaris* ; d'autre part, les questions fiscales, où une partie privée était intéressée, allaient à un *prætor fisci*, dont la création fut due à Nerva. Les demandes d'aliments entre père et enfant, patron et affranchi, reposaient plutôt sur un devoir naturel que sur un droit légal ; elles ne pouvaient donc pas faire l'objet d'un *judicium*, et, en conséquence, étaient renvoyées pour être tranchées, aux consuls ou au préfet de la ville et, dans les provinces, au gouverneur. Les questions d'état, spécialement de liberté ou d'esclavage, au moins à partir du règne de Marc Aurèle, furent aussi tranchés *extra ordinem;* il en était de même des réclamations des médecins, avocats et professeurs publics, pour leurs *honoraria*, et de celles des officiers publics, pour leurs traitements ; les Romains refusant d'admettre que ces réclamations pussent être recouvrées par l'action ordinaire de louage. Dans toutes ces instances extraordinaires, la procédure commençait par une requête adressée au magistrat, au lieu d'une *in jus vocatio* de la partie dont on se plaignait ; c'était au magistrat d'ordonner la production de cette dernière *(evocatio)*, s'il jugeait la plainte pertinente. La décision était un *judicatum* ou *decretum* suivant les circonstances.

SECTION 73. — MOYENS JURIDIQUES DÉRIVANT DIRECTEMENT DE L'IMPERIUM DU MAGISTRAT.

Tout considérables que furent, pour le droit, les résultats de la multiplication et de la simplification des *judicia* par le système formulaire, on peut se demander s'il ne retira pas un bénéfice tout aussi grand de l'intervention directe des préteurs en certains cas, en vertu du pouvoir souverain dont ils étaient investis. Cette intervention se manifesta principalement sous la forme (1) d'interdits ; (2) de stipulations prétoriennes ; (3) de *missio in possessionem* ; et 4) d'*in integrum restitutio*.

1. On a déjà fait allusion aux interdits (2) comme usités sous le *régime* du *jus civile* (p. 281) ; mais leur nombre et leur portée s'accrurent largement sous celui du *jus honorarium*. Le trait caractéristique de la procédure des interdits était celui-ci, — qu'ici le préteur intervertissait la marche ordinaire des choses, et que, au lieu d'attendre une enquête sur les faits allégués par le plaignant, il les admettait provisoirement pour vrais, et prononçait, à l'égard du défendeur, un ordre, auquel il était tenu d'obéir, à moins de démontrer qu'il n'était pas justifié. L'ordre rendu pouvait être ou restitutoire, exhibitoire (dans les deux cas, désigné d'ordinaire dans les textes sous le nom de décret), ou prohibitoire : — restitutoire, quand, par exemple, le défendeur recevait l'ordre de restituer quel-

(1) Keller, §§ 74-80 ; Bethmann-Hollweg, vol. II, §§ 98, 119-121 ; Bekker, vol. II, ch. 16-18 ; Baron, vol. I, §§ 216-219.

(2) Outre les auteurs de la précédente note, voir K. A. Schmidt, *Das Interdiktenverfahren d. Röm. in geschichtl. Entwickelung*, Leipzig, 1853 ; Machelard, *Théorie des interdits en droit romain*, Paris, 1864 ; Buonamici, *Procedura* pp. 420-480. [G. Bourcart, *Actions possessoires*, Paris 1880, première partie.]

que chose dont on alléguait qu'il avait pris possession par des moyens violents, d'enlever des obstacles qu'il avait placés dans le lit d'une rivière, et ainsi de suite ; exhibitoire, quand on lui ordonnait de produire une chose qu'il retenait sans motifs, *e. g.*, la personne d'un homme libre, qu'il détenait comme son esclave, ou un testament, dans lequel le plaignant alléguait qu'il avait une part ; prohibitoire, comme par exemple, lorsqu'on lui défendait de troubler le *status quo* de possession entre le plaignant et lui-même, d'obstruer une voie publique, un cours d'eau, de gêner l'accès à un lieu de sépulture, et ainsi de suite. Si le défendeur obéissait à l'ordre rendu dans un décret restitutoire ou exhibitoire, l'affaire était terminée. Mais souvent, et, peut-être, dans les cas plus fréquents, l'interdit n'était que le commencement d'une instance, facilitée par des *sponsiones* et *restipulationes*, et dans laquelle on avait à juger les questions de savoir 1) si l'interdit ou ordre était justifié, 2) s'il y avait eu violation de l'injonction, et 3), dans ce cas, quels dommages étaient dus, ensuite de cette violation. La procédure, par conséquent, n'était souvent rien moins que sommaire.

Dans les intérêts possessoires *uti possidetis* et *utrubi* en particulier, elle était extrêmement compliquée, ce qui était dû, dans une certaine mesure, au fait que c'étaient des interdits doubles (*interdicta duplicia*), *i. e.*, adressés indifféremment aux deux parties. Gaius dit, (3) mais, de l'avis de la plupart des Romanistes, sans raisons suffisantes, qu'ils avaient été imaginés comme préalables à un procès sur la propriété, et dans le but de décider laquelle des deux parties devait avoir, en qualité de possesseur,

(3) G., IV, 148.

l'avantage de rester sur la défensive dans la *rei vindicatio* (4). Qu'ils fussent usités ainsi de son temps, comme à l'époque de Justinien (5), on ne peut en douter. Mais il est surprenant qu'ils l'aient été à l'époque de Gaius ; car ils étaient infiniment plus embarrassants que la *vindicatio*, à laquelle ils menaient (6). Qu'on prenne l'interdit *uti possidetis*, (qui s'appliquait aux immeubles, comme l'*utrubi* aux meubles). Les deux parties en présence, le préteur s'adressait à elle en ces termes : « Je défends à celui de vous qui ne possède pas la maison en question, d'employer la force pour empêcher celui qui la possède de continuer à la posséder, comme il le fait à présent, en supposant toujours que sa possession n'est due ni à un dépouillement clandestin ou violent de son adversaire, ni à une concession émanée de lui et dépendante de son bon vouloir. ». Il est évident que cela ne décidait rien ; ce n'était qu'une prohibition de troubler le *status quo* ; cela laissait entièrement ouverte la question de savoir laquelle des deux parties était en possession, laquelle recevait la défense de la troubler. La façon de dénouer cela était quelque peu singulière. Chacune des parties était tenue de commettre immédiatement un acte qui, pour l'une d'elles, devait être une violation de l'interdit, présentant à l'autre un semblant de violence (*vis ex conventu*) (7) : chacune

(4) Si ç'avait été leur but originaire, ils devraient avoir été inconnus aussi longtemps que la *rei vindicatio* s'intenta *per sacramentum* ; car dans l'action *sacramenti* réelle, les deux parties revendiquaient, et, par conséquent, les deux étaient à la fois demanderesses et défenderesses (*supra*, § 34 note 5) [G. Bourcart, *act. possess.*, p. 19 *sq.*]

(5) *Inst.*, IV, 16, 4. Mais longtemps avant Justinien, ils avaient été grandement simplifiés et, en réalité convertis en actions, tout en gardant leur nom ancien.

(6) Voir la description (incomplète) de la procédure, dans G., IV, §§ 148-152, 160, 166-170.

(7) C'est ainsi que l'appelle Gaius ; c'était probablement la même chose que la *vis moribus facta* mentionnée par Cicéron, *Pro caec.*, 1,

d'elles était ainsi en situation de dire à l'autre. — « Nous avons tous deux employé la force ; mais c'est vous seul qui l'avez fait au mépris de l'interdit, car c'est moi qui suis en possession. » La jouissance intérimaire de la maison était alors adjugée au plus fort enchérisseur, qui promettait par stipulation d'en payer le revenu à son adversaire, pour le cas où ce dernier triompherait par la suite ; on échangeait des *sponsiones* et *restipulationes* pénales sur la question de savoir lequel des deux avait commis une violation de l'interdit ; et à ces promesses, au nombre de quatre, on adaptait des *formulæ*, qu'on renvoyait à vérifier à un *judex*. Si la procédure ne pouvait se dérouler ainsi, parce que l'une des parties refusait de prendre part à la *vis ex conventu*, ou à l'enchère, ou aux *sponsiones* et *restipulationes*, cette partie était présumée être dans son tort, et on l'obligeait, par ce qu'on appelait un interdit « secondaire », à abandonner immédiatement sa possession ou détention, et à s'abstenir de troubler l'autre, pour tout le temps à venir (8). Quoi que l'on puisse penser du système d'actions des Romains, durant la période du droit classique, on ne peut s'empêcher de s'étonner d'une procédure aussi gênante et aussi compliquée que l'était celle de leurs interdits possessoires.

§ 2 ; 8, § 22. Voir Kappeyne van de Copello, « Ueber das *vim facere* beim *interdictum uti possidetis* » dans ses *Abhandl. zum Röm. Staats- und Rechtslehre* (Stuttgart, 1885) p. 115 *sq.* [Exner, « Die imaginäre Gewalt *im altröm. Besitzstörungsverfahren* » *Z. d. Sav. Stift.* 1887, *R. A.* p. 167 *sq.*]

(8) Kappeyne van de Copello (p. 166 *sq*) estime que l'interdit secondaire (*int. secundarium*) n'était pas une procédure par coutumace, mais une procédure dans laquelle la partie qui refusait de *vim facere*, etc., (parce qu'elle savait ne pas pouvoir établir de possession légitime en sa propre personne) était encore autorisée à paraître comme défenderesse et à exiger de son adversaire qu'il prouvât sa *propre* possession pour servir de fondement à un décret restitutoire ou prohibitoire. [Comp. Exner, *l. c.*, note 7, p. 174 *sq.*]

2. La stipulation prétorienne (9) était un engagement par stipulation imposé par le magistrat ou le juge, afin de garantir un tiers contre un risque de perte ou de préjudice, causé par quelque acte ou omission provenant, soit de celui dont on exigeait l'engagement, soit d'une autre personne, dont il était responsable. Bien qu'appelées prétoriennes, parce que les cas, dans lesquels des stipulations de ce genre étaient exigibles, étaient publiés dans l'Edit, néanmoins on ne peut mettre en doute qu'elles tiraient leur origine du *jus civile*. En réalité, elles étaient tout justement des moyens d'assurer à quelqu'un à l'avance le bénéfice d'une action du *jus civile*, qui lui permettait d'obtenir réparation de tout le tort subi par lui, par la survenance de l'acte ou de l'omission, dont on prévoyait la possibilité. Ulpien les classe (10) en stipulations fournissant des garanties (*cautionales*), stipulations judiciaires et communes. Les premières étaient purement des stipulations de précaution, absolument indépendantes d'aucune action déjà engagée entre la partie, qui demandait au magistrat d'exiger la stipulation, et celle à qui on désirait l'imposer. Il y en avait bien des variétés, se rapportant à toutes les branches du droit; par exemple, la *cautio damni infecti*, garantie donnée contre le dommage causé à la propriété de quelqu'un, par suite, par exemple, de l'état délabré de la maison de son voisin; la *cautio usufructuaria*, portant que le bien soumis à l'usufruit reviendrait sans détérioration au propriétaire, à l'expiration du droit viager de l'usufruitier; les stipulations édi-

(9) Aux auteurs cités dans la note 1, joignez Schirmer, *Ueber die prætorischen Judicialstipulationen*, Greifswald, 1853; Buonamici, *Procedura*, p. 499 *sq.*

(10) Dig., XLVI, 5, 1.

litiennes, contre les vices de la chose vendue, et ainsi de suite. Dans tous ces cas, la stipulation ou *cautio* était une garantie contre une perte ou un dommage futur, d'ordinaire fortifiée par des cautions, et rendue efficace au moyen d'une action née de la stipulation, au cas de réalisation de la perte ou du dommage. Les stipulations judiciaires, suivant la classification d'Ulpien, étaient celles qui étaient imposées par le juge au cours d'une instance, comme, par exemple, la *cautio judicatum solvi* (déclarant que le défendeur exécuterait le jugement), la *cautio de dolo* (que la chose réclamée dans l'action ne serait pas détériorée dans l'intervalle), et bien d'autres. Les stipulations communes étaient celles qui pouvaient être imposées par le magistrat, en dehors de toute action pendante, ou par le juge, au cours d'une action ; telle était la stipulation reçue d'un tuteur ou curateur, pour l'administration fidèle de sa charge, ou celle d'un mandataire, portant que le commettant ratifierait ce qu'il faisait.

3. La *missio in possessionem* était la mise en possession, soit de tout le patrimoine d'autrui (*missio in bona*), soit de quelque chose particulière appartenant à autrui (*missio in rem*). La première était de beaucoup la plus importante. On y avait recours comme moyen d'exécution non seulement contre un débiteur en vertu de jugement, mais aussi contre celui qui, frauduleusement, se tenait hors de portée et évitait ainsi la citation en justice, ou qui, après avoir été dûment assigné, n'accomplissait pas ce qui incombait à un défendeur ; contre le patrimoine d'un défunt, qu'aucun héritier ne voulait prendre, ce qui laissait les créanciers sans débiteur qu'ils pussent contraindre au paiement de leurs créances ; et aussi contre le patrimoine ayant appartenu à une personne qui avait

subi une *capitis deminutio* (§ 29), dans le cas où le chef de famille, auquel elle s'était soumise, refusait d'accepter la responsabilité de ses dettes. La *missio in rem* était accordée, par exemple, quand on refusait de fournir la *cautio damni infecti* : celui qui l'avait sollicitée était alors, pour sa propre protection, mis en possession du bien délabré.

4. L'*in integrum restitutio* (11), réintégration d'une personne, pour des motifs d'équité, dans la position qu'elle avait occupée avant quelque événement, qui s'était réalisé à son préjudice, était l'une des manifestations les plus remarquables de l'*imperium*. Ce n'était pas que la personne en question obtînt, directement par une action, ou indirectement par une exception, un jugement rendant relativement inoffensif le fait arrivé, ou lui donnant à elle-même une compensation pour l'indemniser de la perte qu'elle avait subie à l'occasion de ce fait ; mais le magistrat — et ce ne pouvait être que le préteur, le préfet de la ville ou du prétoire, le gouverneur de province, ou l'empereur lui-même, — de son propre chef, rendait un décret qui, dans la mesure du possible, rétablissait le *status quo ante*. Il ne suffisait pas cependant, pour donner droit à ce secours extraordinaire, d'être en mesure de montrer qu'on avait tiré profit de vous, à votre détriment, et qu'aucun autre moyen suffisant de réparation ne vous était ouvert ; il fallait, en outre, être en état de se fonder sur un motif subjectif de restitution, tel que la minorité, ou, si l'on était majeur, une intimidation à laquelle on n'avait pu résister, une erreur de fait, la fraude, l'absence, ou autre semblable. Quels faits seraient consi-

(11) Outre les auteurs cités dans la note 1, voir Savigny, *Système*, vol. VII, §§ 315-343 ; Buonamici, *Procedura*, p. 480 *sq*.

dérés comme s'élevant à la hauteur d'un motif suffisant de restitution, objectif ou subjectif, — cela fut dans le principe, laissé très largement à l'appréciation discrétionnaire du magistrat; mais, même ici, la pratique et la doctrine, avec le temps, fixèrent les limites dans lesquelles il devait se confiner; et rendirent les principes de l'*in integrum restitutio*, presque aussi bien établis que ceux de l'*actio quod metus causa* ou de l'*actio de dolo*.

PARTIE V

LA PÉRIODE DE CODIFICATION

Dioclétien a Justinien

PARTIE V

LA PÉRIODE DE CODIFICATION

Dioclétien a Justinien

CHAPITRE PREMIER

ÉVÉNEMENTS HISTORIQUES QUI EXERCÈRENT LEUR INFLUENCE SUR LE DROIT

Section 74. — Suprématie des empereurs comme législateurs uniques.

A partir de l'époque de Dioclétien, la confection de la loi fut exclusivement aux mains des empereurs. Le Sénat existait encore, mais dépouillé de toutes ses anciennes fonctions aussi bien gouvernementales que législatives. Les réponses des jurisconsultes privilégiés étaient choses du temps passé. C'était au conseil impérial seul qu'on avait recours pour interpréter la loi ancienne ou en promulguer de nouvelles.

Sous le règne de Dioclétien, les rescrits furent encore nombreux, mais les constitutions des Codes de Théodose et de Justinien, qui datent de l'époque de Constantin et plus avant, sont, pour la plupart, d'une portée plus large, et appartiennent à la catégorie connue sous le nom de lois

générales ou édictales (*leges generales, edictales*). Il serait toutefois inexact d'en conclure que les rescrits avaient cessé ; car le Code de Justinien contient diverses règles sur leur forme, et cette matière est encore traitée dans une de ses Novelles. La raison pour laquelle un si petit nombre nous en a été conservé, est qu'ils n'avaient plus autorité qu'à l'égard des parties auxquelles ils étaient adressés. Cela fut expressément déclaré par les empereurs Arcadius et Honorius en 398, à propos des rescrits rendus en réponse à des demandes de conseils émanées de fonctionnaires, et il n'est pas déraisonnable de supposer qu'une limitation de même sorte avait été, à une date plus ancienne, apportée à l'autorité des rescrits adressés à des parties privées. Puchta est d'avis que la décision d'Arcadius et d'Honorius s'appliquait également aux *decreta* (p. 400) : par cette raison — que, pendant cette période, les empereurs ne connaissaient des affaires litigieuses que sur appel, et qu'en vertu des dispositions nouvelles de Constantin, le jugement de confirmation ou d'annulation était inséré dans un rescrit adressé au magistrat de qui l'appel avait été reçu. La règle d'Arcadius et d'Honorius fut renouvelée en 425 par Théodose et Valentinien, qui, pourtant la restreignirent dans cette mesure — que si la décision contenait une indication nette, que la doctrine qu'elle établissait était destinée à être d'une application générale, alors elle devrait être reçue comme édit ou *lex generalis*. Cette règle eut l'adhésion de Justinien, en ce qui concernait les rescrits au sens ancien du mot ; mais il déclara que ses jugements (*decreta*) devraient être reçus partout comme lois d'application générale, et qu'il en serait de même de toute interprétation donnée par lui d'une *lex generalis*, même lorsqu'elle aurait été obtenue à la requête d'une partie privée.

Les édits impériaux, élaborés dans le conseil, étaient d'ordinaire adressés au peuple, au sénat ou à quelque fonctionnaire civil, militaire ou ecclésiastique, suivant la nature de leur objet. Leur mode de publication variait; mais lorsqu'ils étaient envoyés à un fonctionnaire, il était de son devoir de veiller à ce point. Après le partage de l'empire, comme chaque Augustus avait le pouvoir de légiférer par tout l'empire, les constitutions qui touchaient à la fois aux intérêts de l'Orient et de l'Occident étaient fréquemment le résultat d'une consultation entre eux; d'autres fois il y eut une communication de la loi nouvelle par pragmatique sanction de son auteur à son collègue; ce dernier en ordonnait, par un édit, la publication, s'il le jugeait à propos. Au point de vue du style, les édits se comparent très désavantageusement aux sénatusconsultes et aux rescrits des deuxième et troisième siècles; ils sont uniformément verbeux, et, en bien des cas, obscurs. Il n'y a rien de surprenant que les compilateurs de la *Lex Romana Visigothorum* aient pensé qu'ils avaient besoin d'une « *interpretatio* », le malheur est que cette dernière soit elle-même si loin d'être claire.

SECTION 75. — ÉTABLISSEMENT DU CHRISTIANISME COMME RELIGION D'ÉTAT.

On a quelquefois montré une disposition à faire honneur au Christianisme naissant de l'esprit plus humain qui commença d'agir sur certaines des institutions du droit au premier siècle de l'empire; mais qui, dans une

(1) Troplong, *De l'influence du Christianisme sur le droit civil des Romains*, Paris, 1843 (et postérieurement); Merivale, *The Conversion of the Roman Empire* (Lectures de Boyle pour 1864), Londres, 1864, spécialement Lect. 4, et les notes sur cette Lecture, dans l'Appendice.

section précédente (§ 55) a été attribué à l'infiltration, dans le *jus civile*, de doctrines du *jus naturale*, produit de la philosophie du Portique. L'enseignement de Sénèque eut, à cette époque, autant d'influence sur le droit, que dis-je, bien plus que les leçons données dans les petites assemblées des premiers convertis. Il serait osé d'affirmer que, si le Christianisme n'avait jamais gagné la prépondérance qu'il eut, cet esprit de droit naturel, n'aurait pas continué à animer le cours de la législation, et à produire, avec la marche des années, la plupart de ces réformes dans le droit de la famille et dans le droit de succession qui comptèrent parmi les plus précieuses contributions au droit privé, des constitutions impériales. Il se peut que le progrès de la foi chrétienne rendit cet esprit plus intense et plus actif, mais ce n'est qu'à l'époque où elle fut publiquement sanctionnée par Constantin, et déclarée par Théodose religion d'état, que nous rencontrons des témoignages incontestables de son influence. Nous les trouvons dans les décisions en faveur de l'Église et de ses biens, de ses privilèges comme légataire ; dans celles qui confèrent ou imposent aux évêques une surveillance des aumônes et institutions charitables ; dans un pouvoir d'intervenir dans les questions de tutelle ; dans la reconnaissance de l'efficacité de certains actes faits en présence de deux ou trois membres du clergé et ensuite inscrits dans les registres de l'Église ; dans les incapacités de mariage et de succession dont furent frappés les hérétiques et les apostats, et dans diverses matières plus secondaires. Mais il est trois traits caractéristiques plus importants dont il eut la responsabilité directe, — l'abrogation des dispositions caducaires de la loi Papia-Poppæa (p. 388), les peines infligées au divorce, et l'institution du tribunal épiscopal (*episcopalis audientia*).

Le but des lois Caducaires était de décourager du célibat et d'encourager les mariages féconds ; mais une législation d'un pareil esprit ne pouvait pas être maintenue, quand on fut arrivé à inculquer la notion que le célibat était une vertu, le caractère propre d'une vie sainte. Les peines et de l'*orbitas* et du *cœlibatus* furent abolies par Constantin en l'année 320.

La législation du divorce, depuis les premières décisions de Constantin sur la matière, jusqu'à celles de Justinien, forme un chapitre misérable de l'histoire du droit. Aucun des empereurs, qui s'occupèrent de la question, défaisant l'œuvre de leurs prédécesseurs et lui substituant une législation de leur crù, tout aussi compliquée et futile, ne songea à toucher à l'ancien principe que le divorce devait être aussi libre que le mariage, indépendant de toute sanction ou décret d'un tribunal judiciaire. Justinien fut le premier à imposer, par une de ses Novelles, une condition aux parties qui voulaient divorcer d'un commun accord (*communi consensu)*, savoir qu'elles entreraient toutes deux dans un couvent, qu'autrement le divorce serait nul ; mais cette mesure répugnait tellement au sentiment populaire, et était si peu propre à améliorer le ton des mœurs dans l'enceinte des couvents, qu'elle fut abrogée par son successeur. Quoi d'étonnant, avec une pareille liberté illimitée de divorce, que Jérôme nous dise qu'il avait vu à Rome un homme vivant avec sa vingt-et-unième femme, qui, elle, avait déjà eu vingt-deux maris, ou que nous trouvions un évêque d'Amasia, quelque trente ou quarante ans avant Justinien, déclarant que les hommes changeaient de femmes tout comme d'habits, et qu'on enlevait des couches nuptiales aussi souvent et aussi aisément que des échoppes de marché. La législation des prédécesseurs de Justinien et le gros de la sienne propre vi-

sèrent les répudiations unilatérales, imposant des peines corporelles et pécuniaires, 1° à l'auteur d'une répudiation basée sur une cause que la loi ne reconnaissait pas comme suffisante, — et les causes légitimes variaient d'un règne à l'autre, — et 2° à la partie dont l'inconduite donnait lieu à une répudiation justifiée. Il est toutefois inutile d'entrer dans les détails (2).

Le tribunal épiscopal (*episcopale judicium, episcopalis audientia*) (3) eut son origine dans l'habitude des chrétiens primitifs, conforme au précepte apostolique, de soumettre leurs différends à un ou deux de leurs frères en la foi, d'ordinaire un prêtre ou évêque, qui jouait le rôle d'arbitre (4). Lors de l'établissement du Christianisme, cette habitude reçut une sanction législative : Constantin, en effet, accorda au tribunal épiscopal un pouvoir de juridiction concurremment avec les tribunaux civils ordinaires dans le cas où les deux parties préféreraient le premier ; et, dans une décision ultérieure, il alla jusqu'à autoriser l'une des parties à un procès à le transporter au tribunal ecclésiastique, contre la volonté de l'autre. Pour diverses raisons, et, parmi elles, l'ignorance des juges ordinaires, et les frais du litige dans les tribunaux civils, on profita de cette faculté de s'adresser à l'évêque dans une mesure telle, qu'elle entrava sérieusement le bon accomplissement de ses fonctions spirituelles, si bien qu'Honorius jugea à propos de revenir à la règle originaire, et, au moins à l'égard des laïques, de limiter le droit de recourir à la juridiction ecclésiastique aux cas où les deux parties y

(2) Voir Wachter *Ueber Ehescheidungen bei den Römern* (Stuttgart, 1822), p. 184 *sq*.

(3) Bethmann-Hollweg, *Gesch. d. CP.*, vol. III, § 139.

(4) Cox *First Century of Christianity* (Londres, 1886), p. 226 *sq*.

consentaient. La procédure ressemblait beaucoup, par sa nature, à un renvoi devant un arbitre ; la déclaration de l'évêque n'était pas un jugement, mais une *definitio;* et, à défaut d'accomplissement volontaire devait être rendue exécutoire, à l'aide du magistrat civil. Il est impossible de dire avec quelque exactitude même approximative, quel effet cette intervention des membres du clergé comme juges dans les causes civiles ordinaires, — car ils n'avaient point de juridiction criminelle, — produisit sur le développement du droit ; mais elle ne peut guère avoir manqué d'exercer quelque influence en vue d'accentuer encore davantage la tendance à subordonner les faits et les paroles à la volonté et à l'*animus*, à être indulgent à l'égard des détails techniques, et à tempérer les règles du *jus civile* au moyen de l'équité et de considérations de droit naturel.

Section 76. — Changements sociaux et agraires.

Parmi les nombreux changements sociaux et économiques de cette période, il y en eut deux qui furent, d'une manière importante, en rapport avec le droit privé, — l'introduction du principe d'hérédité dans la plupart des métiers, occupations et professions, et l'extension du colonat ou servitude de la glèbe. Toutefois les conséquences du premier sont trop spéciales pour être utilement exposées.

Quant au colonat (*colonatus*) (1), il semble être devenu

(1) On peut trouver, dans Heisterbergck, *Die Entstehung des Colonats* Leipzig, 1876, la mention et l'appréciation critique de la littérature antérieure. Il omet de citer l'important ouvrage de Elia Lattes, *Studi storici sopra il contratto d'Enfiteusi nelle sue relazioni col Colonato*, Turin, 1868, dont les chap. II et III sont consacrés au colonat. Pos-

la condition normale de la *plebs rustica* par tout l'empire, — liberté de la personne, mais asservissement perpétuel au sol (*servi terræ ipsius*). Il y a de grandes controverses sur son origine. La vérité semble être que des conditions qui lui ressemblaient de près, et dont on peut dire qu'il se dégagea, existaient en différentes parties de l'empire longtemps avant qu'il y eût aucune législation *générale* sur la matière ; et que ces conditions, réglementées dans une large mesure par la coutume locale ou des *mandata* impériaux spéciaux, doivent être attribuées à différentes causes en des endroits différents. On a la preuve qu'il existait en Egypte quelque chose de très semblable au colonat, même avant qu'elle eût passé sous la domination romaine ; qu'en certaines parties de l'Afrique, les esclaves étaient affranchis sous la condition de rester perpétuellement attachés à la terre qui avait été leur *peculium* ; que dans les provinces occidentales il y eut des importations répétées de prisonniers barbares qui furent distribués entre les grands propriétaires en qualité de *coloni* ; et que,

térieurement à Heisterbergck on peut citer Marquardt, *Röm. Staatsverwalt.*, vol. II, p. 232 *sq.* Fustel de Coulanges, « Le Colonat Romain, » dans ses *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, Paris, 1885 ; Mommsen, « Ueber d. Dekret des Commodus f. den *saltus Burunitanus*, » dans l'*Hermes*, vol. XV, p. 408 *sq* ; l'article « Colonus » d'Humbert, dans le *Dict. des Antiquités Grecques et Romaines* de Daremberg et Saglio, part. IX (1884), p. 1322 *sq* ; Karlowa, *Röm. RG.* vol. I, p. 918 *sq*, [Garsonnet, *locations perpétuelles* pp. 156 *sq*. 284 *sq* ; Esmein, « Les Colons du Saltus Burunitanus, « *Mélanges*, Paris, 1886, p. 293 *sq* ; « Sur quelques lettres de Sidoine Apollinaire, » *ibid.*, p. 371 *sq* ; P. Viollet, *Précis d'histoire du droit*, p. 258 *sq* ; Dareste, « Loi de Gortyne, » Nouv. Rev. Hist., 1886, pp. 243, 253 (17) 255 : Pad. Cogl. p. 608 *sq* ; P. Fournier, *Le dernier livre de M. Fustel de Coulanges* (extrait de la *Revue des questions historiques*), Paris, 1886 ; Dareste, *J. des Savants*, 1886, p. 512 *sq* ; Zachariæ v. Lingenthal, « Zur Geschichte des römischen Grundeigenthums, » *Z. d. Sav. Stift.* 1888, *R. A.* p. 275 *sq* ; G. Melin, *La Clientèle*, Nancy, 1889, p. 120 *sq* ; Segré « studio sull'origine e sullo sviluppo storico del colonato romano » (deux articles parus) *Arch. Giur.* vol. 42, p. 467 *sq*, vol. 43, p. 150 *sq*].

très souvent, les petits cultivateurs se plaçaient dans la même position à l'égard de quelque grand propriétaire, afin d'obtenir sa protection, ou qu'ils étaient contraints par lui, de s'y soumettre de la sorte. C'était un état de choses que ceux qui étaient à la tête des affaires, se souvenant du sort désastreux des *latifundia* en Italie, avaient de bonnes raisons d'encourager ; car il atténuait les inconvénients des grandes propriétés, en assurant qu'elles seraient peuplées d'hommes libres, dont la capitation grossirait le trésor, et dont les intérêts propres offraient la meilleure garantie qu'ils feraient tout leur possible pour rendre leurs petites tenures productives.

Suivant les très nombreuses constitutions des Codes de Théodose et de Justinien, qui règlent la position des *coloni :* c'étaient des hommes libres, soumis à la capitation et inscrits dans la liste du cens à la page affectée au propriétaire foncier, sous lequel ils étaient tenanciers et de qui on percevait leur capitation ; c'est au point de vue de leur responsabilité à l'égard de cet impôt qu'ils sont fréquemment désignés sous le nom de *adscripticii*, *tributarii*, *censiti*. Ils étaient aussi tenus au service militaire, quand leur seigneur était sommé de fournir des recrues ; mais ils n'étaient pas autorisés à s'enrôler volontairement, car c'eût été déserter leur service. Le *colonus* tenait de son seigneur une petite ferme, moyennant un loyer payable quelquefois en argent, mais d'ordinaire en nature, mais que ce dernier n'avait pas le pouvoir d'augmenter. Avec la fixité de la redevance, il avait aussi une sorte de fixité de la tenure : son seigneur (*dominus*, *possessor*, *patronus*) ne pouvait pas le vendre séparé de la terre qu'il tenait, ni la terre sans lui ; mais il était permis au maître de deux propriétés, dont l'une était insuffisamment fournie en tenanciers, de la pourvoir avec des élé-

ments tirés de l'autre, pourvu qu'en le faisant, il ne séparât point un homme de sa femme et de ses jeunes enfants. Si un *colonus* s'enfuyait, son seigneur avait le droit, lorsqu'il le reprenait, de le mettre aux fers, et il avait un droit d'action contre tout tiers le détenant, comme si le *colonus* avait été en réalité esclave. Il ne l'était pourtant pas ; car avec la permission de son seigneur, qu'il devait quelquefois payer, il pouvait contracter un mariage légitime lui conférant la *potestas* sur ses enfants ; il pouvait tenir un bien lui appartenant en propre, même des terres à l'occasion desquelles il était inscrit sur les listes du cens, et passible de l'impôt foncier comme propriétaire en droit soi *proprio nomine* : et, à sa mort, ce qui lui appartenait passait à ses héritiers par testament ou ab intestat et ne revenait à son seigneur qu'à leur défaut. L'aliénation *inter vivos* n'était régulièrement possible que du consentement du seigneur ; les biens du *colonus* n'étant, en quelque sorte, en ce sens, rien de plus qu'un *peculium* ; mais une classe privilégiée de colons connue sous le nom de *liberi coloni*, qui avaient eux-mêmes ou dont les ancêtres avaient à l'origine été des citoyens de naissance libre, n'étaient pas soumis à cette restriction.

Une fois une classe de *coloni* créée sur une propriété, elle se perpétuait et se recrutait par la naissance (car la condition était héréditaire), par la prescription, par le mariage d'un homme libre avec une *adscripticia* et par la réduction des mendiants valides à cette condition à titre de peine. Une fois *colonus*, toujours *colonus* était une expression presque littéralement vraie. Pendant un temps, on considéra que celui qui était né *colonus*, et avait *de facto* vécu pendant trente ans dans l'indépendance, acquérait par là *de jure* l'état de citoyen romain libre : mais cela fut rejeté par Justinien qui, peut-être par considéra-

tion pour les intérêts de l'agriculture, refusa d'admettre la possibilité d'échapper aux liens, qui vous attachaient au sol, sauf au cas où le colon serait élevé à l'épiscopat, et en supposant toujours qu'il eût reçu les ordres du consentement de son seigneur.

Section 77. — Abandon du Système de Procédure « formulaire » (1).

Le système formulaire, avec son renvoi du préteur à un *judex* juré, qui devait juger la cause, était infiniment avantageux au droit ; car le jugement était celui d'un citoyen libre et indépendant, dégagé de toute entrave de tradition professionnelle, tout fraîchement tiré de quelque centre d'affaires, et en pleine communauté de sentiments avec les parties entre lesquelles il avait à décider. Un tel système était incompatible avec les mesures politiques de Dioclétien et de Constantin ; et nous ne sommes aucunement surpris de voir le premier de ces souverains enjoindre aux gouverneurs de province, d'avoir à l'avenir, et à moins qu'ils n'en soient empêchés par la presse des affaires (ou, suivant une constitution postérieure de Julien, lorsque l'affaire était d'importance minime) à entendre eux-mêmes, du commencement à la fin, les causes portées devant eux, comme c'était déjà l'habitude dans les *extraordinariæ cognitiones* (§ 72). Le renvoi, dans ces cas exceptionnels, n'était pas, comme autrefois,

(1) Wieding, *Der Justinianeische Libellprocess*, Vienne, 1865 ; Bethmann-Hollweg, *Gesch. d. CP.*, vol. III (1866) ; Muther (compte rendu Wieding), *Krit. VJS.*, vol. IX (1867) pp. 161 *sq.*, 329 sq ; Wieding, dans le même journal, vol. XII (1870) p. 228 *sq* ; Bekker, *Aktionem*, vol. II, chap. 23, 24 ; Baron, *Gesch. d. R. R.*, vol. I. p. 448 *sq* ; Buonamici, *Procedura*, p. 408 *sq.*

adressé à un simple citoyen, mais à ce que l'on appelait un *judex pedaneus*, probablement un membre inscrit au barreau local (1 *bis*) (que toutefois les parties pouvaient récuser, si elles arrivaient à s'entendre sur un arbitre de leur propre choix) ; et, pendant un temps, sa délégation d'autorité fut insérée dans une *formula*, d'après l'ancienne manière. Mais même cet usage exceptionnel de la formule ne survécut pas longtemps : une décision des deux fils de Constantin, conçue dans les termes les plus compréhensifs, déclara que les formules rigides n'étaient que des pièges pour les simples, et en prohiba l'emploi dans tous les actes légaux quelconques, contentieux ou volontaires. Le résultat fut non-seulement la disparition, au point de vue de la forme, de la distinction entre les procédures *in jure* et *in judicio* ; mais aussi la disparition au fond des distinctions entre les actions *in jus* et *in factum* et les *actiones directæ* et *utiles* ; la transformation de l'interdit en une *actio ex interdicto*, l'adoption du pouvoir de corriger ses conclusions, la condamnation à la chose même réclamée, si elle existait, au lieu de son équivalent pécuniaire, et l'exécution réalisée en conséquence au moyen d'officiers de justice.

A Constantinople, la juridiction des affaires civiles appartenait au préfet de la ville et aux juges inférieurs, savoir, le *præfectus annonæ* et les préteurs ; à Rome, elle était aux mains des mêmes magistrats, et, concurremment

[1 *bis*. Le sens de la constitution de Dioclétien, au *Code* III. 3, 2, est très controversé. Voir Accarias, *droit romain*, t. II, p. 904 *sq* (n° 783) ; Mispoulet, *instit. polit. des Romains*, t. II, Paris 1883, pp. 482, 483 ; Pernice « Amoenitates juris », *Z. d. Sav. Stift. f. RG.*, 1886, *R. A.* p. 103, *sq* ; Ch. Lécrivain, *Le Sénat Romain depuis Dioclétien*, Paris, 1888, pp. 102, 103 ; Zachariae v. Lingenthal, « Aus u. zu d. Quellen d. R. R. » *Z. d. Sav. Stift. f. RG.*, 1887, *R. A.*, p. 221 *sq*].

avec eux, du *vicarius urbis*. Dans les provinces, elle appartenait aux gouverneurs ; et avec une compétence limitée, aux magistrats municipaux et aux défenseurs des cités (1 *ter*). Les vicaires et les préfets du prétoire ne jouaient qu'exceptionnellement le rôle de tribunaux de première instance ; mais ces derniers avaient éventuellement le même pouvoir que l'empereur, de citer toute personne à leur tribunal quel que fût son *forum* propre (2). Il y avait, en outre, beaucoup de *fora* spéciaux pour des parties ou des causes privilégiées, qu'il est inutile de rapporter. Des juges inférieurs, on en appelait aux juges supérieurs, et de rechef de ceux-ci à l'empereur. Le procès était rempli, du commencement à la fin, de l'intervention des officiers publics. L'*in jus vocatio* des XII Tables, — la procédure par laquelle un demandeur amenait lui-même son adversaire devant le tribunal était une chose du passé. Dans la première partie de notre période, la procédure commençait par la *litis denuntiatio* introduite à l'époque de Marc Aurèle, et remaniée par Constantin ; mais, sous Justinien (quoique cela ait commencé probablement avant son règne), le point de départ était ce qu'on appelait le *libellus conventionis*. C'était un exposé court et précis adressé par écrit par le demandeur au tribunal, expliquant (mais sans détails) la nature de l'action qu'il se proposait d'intenter et la réclamation qu'il avait à présenter ; il était accompagné d'un engagement formel de continuer le procès et de le poursuivre jusqu'au jugement sous peine d'avoir à payer le double des frais au défen-

[1 *ter*. Sur le *defensor civitatis*, Mispoulet, *instit. polit. des R.* t. II, Paris, 1883, pp. 149, 150 ; Chénon, « étude historique sur le *defensor civitatis* », Nouv. Rev. Hist., 1889, p. 321 *sq.*]

(2) Willems, *droit public Romain* (4e éd., Paris, 1880), p. 620.

deur. Si le juge se trouvait satisfait de la propriété de l'assignation, il rendait un jugement interlocutoire (*interlocutio*) ordonnant de la notifier au défendeur. Cette notification était faite par un officier du tribunal, qui le sommait de comparaitre à un jour indiqué, d'ordinaire dans un délai de deux ou trois mois. Le défendeur, par l'intermédiaire de l'officier, présentait une réponse (*libellus contradictionis*), et fournissait en même temps garantie de faire ce qu'il faudrait pour soutenir la défense et donner éventuellement satisfaction au jugement. Le jour fixé, les parties étaient entendues, d'abord sur les moyens dilatoires, tels que l'incompétence ; s'il n'y en avait point eu de proposés, ou que ceux qui avaient été présentés eussent été rejetés, alors ils procédaient à l'exposition de leurs fondements respectifs d'action et de défense ; chacun terminait en faisant serment de sa bonne foi dans l'affaire (*juramentum calumniæ*) et leurs conseils faisaient de même.

A partir de ce point, qui marquait la *litis contestatio* ou jonction de l'instance, la procédure était très semblable à celle qui avait lieu *in judicio* sous le système formulaire. Mais dans tous les cas où la demande portait qu'une chose déterminée fût donnée ou rendue, et que le demandeur désirât avoir la chose elle-même, plutôt que des dommages-intérêts, l'exécution avait lieu en nature, et était réalisée par l'intermédiaire d'officiers de justice (*manu militari*). Quand, d'autre part, la condamnation était pécuniaire, le procédé usuel consistait, pour le juge, à faire prendre possession par ses agents, de telles choses appartenant au défendeur, qu'il lui paraissait suffisant pour satisfaire au jugement (*pignus in causa judicati captum*) ; et qui finalement étaient vendues judiciairement, si le défendeur refusait encore de payer : on

avait rarement recours à la *missio in bona* (p. 473) de la période classique, excepté dans le cas d'insolvabilité.

Section 78. — La « Loi des Citations » de Valentinien (1)

Cette décision fameuse, émanée de Théodose II, tuteur du jeune Valentinien III, fut rendue à Ravenne, en 426, et adressée au Sénat Romain. Elle s'exprime ainsi : —

« Nous accordons notre approbation à tous les écrits de Papinien, Paul, Gaius, Ulpien et Modestin, concédant à Gaius la même autorité que celle dont jouissent Paul, Ulpien et les autres, et sanctionnant la citation de tous ses ouvrages. Nous ratifions aussi la doctrine (*scientiam*) des anciens auteurs, dont les traités et décisions de droit ont été mis à profit par l'un des cinq jurisconsultes précités, dans leurs propres ouvrages, — Scævola, par exemple, et Sabinus, et Julien, et Marcellus, — ainsi que de tous ceux qu'ils ont l'habitude de citer comme autorités (*omniumque quos illi celebrarunt*), pourvu, toujours, que les textes de ces jurisconsultes anciens, que leur antiquité même rend incertains, soient vérifiés par la comparaison des manuscrits. Dans le cas où des *dicta* divergents seraient proposés, le parti l'emportera, qui aura le plus grand nombre d'autorités de son côté ; si le nombre est le même des deux côtés, alors celui qui aura l'appui de Papinien l'emportera :

(1) Theod. Cod., I. 4, 3 ; Puchta, *Rhein. Museum f. Jurisprud.*, vol. V (1832), p. 141 *sq.*, et dans ses *Verm. Schrift.* (Leipzig, 1851), p. 284 *sq* ; Sanio, dans ses *Rechtshistor. Abhandl. u. Studien* (Königsberg, 1845), p. 1 *sq* ; Karlowa, *Röm. RG.*, vol. I. p. 933 *sq* ; Roby, *Introduction*, p. LXXXIV., *sq*.

mais tandis que ce jurisconsulte, très excellent entre eux tous, doit être préféré à toute autre autorité unique, aussi doit-il le céder à deux autres, quelles qu'elles soient. (Toutefois, comme cela a déjà été décrété, on ne doit pas avoir égard aux notes de Paul et d'Ulpien sur les écrits de Papinien.) Dans le cas où les opinions sont égales, et qu'aucune n'ait droit à la préférence, nous laissons à la discrétion du juge de choisir celle qu'il adoptera. »

Cette constitution a toujours été regardée comme une preuve signalée de la condition lamentable où la science du droit était tombée au commencement du cinquième siècle. Constantin, un siècle auparavant, avait condamné les notes d'Ulpien et de Paul sur Papinien. La prétention, qu'avaient les derniers empereurs, d'être les seuls organes du droit ayant autorité, leur permettait, sans outrer leur prérogative d'une manière déraisonnable, de déclarer que la critique des deux jurisconsultes plus récents, bien que revêtus du *jus respondendi ex auctoritate principis*, ne porterait pas atteinte à l'autorité de leur plus éminent prédécesseur. Il n'y avait plus de jurisconsultes vivants pour exposer le droit (*jura condere*), et, comme on devait le recueillir des écrits de ceux qui étaient morts, il était bon que l'usage qu'on en faisait fût réglementé comme il le fut par Constantin. La loi de Valentinien poursuivit jusqu'à un certain point dans la même direction. Elle fit un choix des juristes du passé, dont les ouvrages pourraient seuls être cités : Papinien, Paul, Ulpien et Modestin, les quatre derniers jurisconsultes privilégiés de quelque distinction ; Gaius, dont l'autorité se limitait auparavant aux écoles, mais dont les écrits étaient maintenant universellement approuvés, bien qu'il n'eût jamais possédé le *jus respondendi ;* et aussi tous les jurisconsultes plus an-

ciens, dont ces cinq avaient accepté les *dicta* (2). Mais la loi fit un pas de plus, car elle déclara que tous, à la seule exception de Papinien, auraient la même autorité, et elle ravala la fonction du juge, dans la plupart des cas, au moins en ce qui concernait les questions de droit, à la tâche purement arithmétique de compter les noms, que l'industrie des avocats de chaque côté avait réussi à invoquer à l'appui de leurs prétentions respectives. Il est probable que, dès l'époque d'Hadrien, jusqu'à celle d'Alexandre Sévère, quand l'empereur avait à rédiger dans son conseil un rescrit ou un décret, la teneur en était décidée par un vote de la majorité ; mais ce n'était qu'après la production d'arguments et contre-arguments, qui durent, en bien des cas, modifier les impressions premières. Prendre les votes des juristes morts, qui n'avaient point entendu les raisons les uns des autres en faveur de leurs opinions, était un procédé très différent. Il se peut qu'il ait été nécessaire, mais cela ne peut avoir été que parce qu'il n'existait pas de jurisprudence vivante, — parce que le talent d'initiative des premiers temps de l'empire, avait entièrement disparu.

(2) Cela paraît être le sens naturel de la loi ; bien que quelques-uns soient d'avis qu'elle ne se proposait de sanctionner que la citation des passages des jurisconsultes anciens, qui étaient mentionnés par l'un des cinq.

CHAPITRE SECOND

RECUEILS DE LOIS ET DE DOCTRINE ANTÉRIEURS A JUSTINIEN

SECTION 79. — LES CODES GRÉGORIEN ET HERMOGÉNIEN (1).

Le premier de ces codes fut un recueil de rescrits impériaux (avec un petit nombre d'édits, etc.), fait par un certain Grégorien, tout à la fin du troisième siècle, et probablement à l'instigation de Dioclétien; quoique la critique ne soit pas en état de décider s'il fut composé en Orient ou en Occident. On croit qu'il contenait quinze ou seize livres, subdivisés en titres, et arrangés suivant l'ordre de l'Edit. La connaissance, que nous avons de son contenu, provient principalement du bréviaire d'Alaric (p. 503) et de la *Collatio*, des Fragments du Vatican, et de la *Consultatio* (pp. 500-502) quoiqu'on ne puisse guère douter que la plupart des rescrits du Code de Justinien ne soient tirés de là, sans qu'il en fasse l'aveu. La collection d'Hermogène, aussi composée de rescrits, peut avoir été un supplément à la première; mais, autant qu'on en peut juger, elle était distribuée seulement en titres. Comme la dernière décision qui s'y trouve est de l'année 365, il est probable qu'elle fut publiée environ à cette date. L'un et l'autre code, quoique l'œuvre de particuliers,

(1) Huschke, « Ueber den Gregorianus u. Hermogenianus Codex ». *Z. f. RG.*, vol. VI (1867), p. 283 *sq*; Karlowa, *Röm. RG.*, vol. I. pp. 940 *sq.*, 959 *sq*.

reçurent une consécration légale de la part de Théodose et de Valentinien, lorsqu'ils instituèrent leur commission pour préparer un recueil de droit édictal ; et le langage de Justinien, à leur sujet, donne lieu de penser qu'ils étaient regardés devant les tribunaux comme des autorités, au point de permettre d'ignorer tous les rescrits qui ne s'y trouvaient pas insérés. Leur dernier éditeur est Haenel *junior*, dans le *Corpus Juris Romani Antejustiniani* (Bonn, 1837) ; il a recueilli environ soixante-dix constitutions, qui se trouvaient dans le premier, et environ trente, qui se trouvaient dans le second. Mais combien cette proportion est faible, comparée au contenu des originaux, c'est ce qui ressort d'une façon manifeste, quand on fait attention aux 1,200 ou 1,300 rescrits des seuls Diolétien et Maximien, que nous trouvons dans le Code de Justinien, et qui ne peuvent guère avoir été tirés d'aucune autre source que des collections de Grégorien et d'Hermogène. Ces recueils semblent encore avoir été l'objet d'explications à l'école de droit de Beyrouth, dans les premières années de Justinien ; car des commentaires de ces codes, faits par Eudoxus et Patricius, qui y professaient, nous ont été conservés parmi les scholies des Basiliques (p. 543).

SECTION 80. — LE CODE THÉODOSIEN ET LES NOVELLES POST-THÉODOSIENNES.

Trois ans après la publication de la « Loi des Citations » (§ 78), Théodose nomma une commission de neuf membres pour entreprendre la préparation d'un corps de droit qui, si le projet avait été mis à exécution, aurait rendu inutile celui de Justinien. Dans une constitution rendue quelque

(1) Voir Karlowa, *Röm. RG.*, vol. I. pp. 943 *sq.*, 960 *sq.*

dix ans plus tard, il explique les motifs qui l'y avaient poussé, — qu'il voyait avec beaucoup de chagrin la condition misérable de la science juridique, et combien peu il y avait d'hommes, en dépit des récompenses qui les attendaient, capables de se familiariser avec l'ensemble entier du droit; et qu'il attribuait cela beaucoup à la multitude de livres et à la masse considérable de lois, où ce droit était dispersé, et dont il était à peu près impossible à un mortel ordinaire de se rendre maitre. Son projet était d'arriver à une compilation définitive en un seul code, avec des matériaux puisés à la fois dans les écrits des jurisconsultes, les recueils de rescrits Grégorien et Hermogénien, et les lois édictales, à partir de Constantin, jusqu'à sa propre époque. Son langage ne laisse point de doute que son intention n'ait été de faire préparer ce code général avec beaucoup de soin, de manière à en faire une exposition complète de la législation en vigueur, qui remplacerait toute loi ou doctrine de date antérieure. Le recueil d'édits, qu'il chargea ses commissaires de préparer, et qui devait contenir tout ce qui n'avait pas été abrogé par la législation postérieure, quand bien même quelques-uns d'entre eux pouvaient être tombés en désuétude, devait être le premier pas dans l'exécution de son projet. Pour une raison ou une autre, cette résolution n'eut aucune suite; et, en 435, une nouvelle commission de seize membres fut nommée pour réunir les édits, mais sans que leurs instructions eussent rien indiqué, sur aucun objet ultérieur. Ce recueil fut achevé en trois ans, et publié à Constantinople dès le commencement de l'année 438, avec la déclaration qu'il recevrait effet à partir du premier janvier suivant; une copie en fut communiquée à Valentinien, qui ordonna qu'il entrerait en vigueur en Occident, à partir du 12 janvier 439.

La distribution du Code Théodosien est en seize livres, subdivisés en titres, dans lesquels les constitutions sont placées dans l'ordre chronologique. Elles embrassent tout le champ du droit, public et privé, civil et criminel, fiscal et municipal, militaire et ecclésiastique. Le droit privé est dans les cinq premiers livres. Jusqu'au présent siècle, ces derniers n'étaient connus que par des extraits insérés dans la *Lex Romana Visigothorum*; au lieu que les huit derniers livres étaient publiés *in extenso* par Dutillet, depuis bien longtemps, dès 1550, d'après un manuscrit du Code même; et que les livres six, sept et huit l'avaient été par Cujas, peu d'années ensuite, d'après un autre manuscrit. Ce fut sur le Code, ainsi restitué, que Jacques Godefroi écrivit ses six in-folio de commentaire, — une œuvre d'une érudition et d'un travail prodigieux, et qui reste de la plus haute importance pour éclairer le droit public et l'administration de cette période. Entre les années 1820 et 1840, un grand nombre de constitutions, appartenant aux cinq premiers livres, furent retrouvées par Amédée Peyron, Baudi di Vesme, le cardinal Mai, Clossius et Haenel, la plupart, grâce à des palimpsestes de la Bibliothèque Universitaire de Turin; elles furent toutes insérées dans l'édition du Code, donnée par Haenel, dans le *Corpus Jur. Rom. Antejust.* (Bonn) (2). Il y a pourtant encore bien des lacunes; Haenel estime qu'environ 450 constitutions des cinq premiers livres sont perdues.

(2) *Codex Theodosianus. Ad LIV libror. manuscriptor. et prior. edition fidem recognov. et annot. crit. instruxit Gust. Hænel*, Bonn, 1842. Krüger, en 1868, 1869 et 1878, prépara un facsimile des manuscrits de Turin, qui fut publié dans les Travaux de l'Académie Royale de Berlin, en 1879. Il a promis une nouvelle édition du Code, pour le troisième volume de sa *Collectio libror. juris antejustiniani*, en collaboration avec Mommsen et Studemund.

Les édits impériaux postérieurs à la publication du Code Théodosien, reçurent le nom de Novelles (*novellæ constitutiones*). Il y en eut beaucoup qui furent publiées dans les deux parties de l'empire et, pendant un certain temps, communiquées d'un empereur à l'autre. La première transmission mentionnée, — et qui portait sur une grande quantité de constitutions, — fut faite par Théodose lui-même à Valentinien, en 447; Marcien semble avoir suivi son exemple aussi longtemps que vécut Valentinien; mais Léon n'accorda ses faveurs qu'à Anthemius. Il est probable que Valentinien envoya ses Novelles à Théodose et à Marcien: mais il ne paraît point que cette pratique ait été suivie par ses successeurs, quoiqu'un nombre considérable de Novelles aient été publiées dans l'empire d'Occident par Maxime, Majorien, Sévère et Anthemius. Mais, communiquées ou non, aucune des Novelles de l'Occident ne semble avoir été adoptée en Orient, car il n'y en a pas une dans le Code de Justinien. Elles ont été conservées, en partie dans les manuscrits, en partie (et en abrégé) dans le Bréviaire; et elles sont d'ordinaire publiées (comme dans l'édition de Haenel) en appendice au Code Théodosien.

SECTION 81. — LA « COLLATIO », LES FRAGMENTS DU VATICAN ET LA « CONSULTATIO ».

Ces trois recueils furent des recueils privés. 1) La *Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum*, ou autrement *Lex Dei quam Dominus præcepit ad Moysen* (1) est une com-

(1) Voir un article de Huschke, *Z. f. Gesch. RW.*, vol. XIII (1846), p. 1 *sq*; un deuxième de Dirksen (publié à l'origine en 1846), dans ses *Hinterlass. Schriften* (Leipzig, 1871), vol II, p. 100 *sq*; et un troisième de Rudorff, *Abhandl. d. K. Akademie. d. Wissensch. zu Berlin*, 1868, p. 265 *sq*.

paraison de la loi divine avec la loi humaine, la première puisée dans le Pentateuque, la deuxième dans les ouvrages de Gaius, Papinien, Paul, Ulpien et Modestin, dans des rescrits tirés des Codes Grégorien et Hermogénien et dans une ou deux dispositions générales postérieures. Sa date se place sans doute aux environs de l'année 390, mais son auteur est inconnu. Elle fut publiée par P. Pithou en 1573, et a souvent été rééditée ; la meilleure édition critique est celle de Blume (Bonn, 1833) et la plus récente, celle de Huschke, dans sa *Jurisprudentia Antejustiniana*. 2) Les Fragments du Vatican furent découverts par Mai dans un palimpseste du Vatican, en 1820. Il est impossible de dire quel était le titre du livre auquel ils appartenaient autrefois ; mais c'était évidemment un ouvrage de pratique, composé dans l'empire d'Occident, et de dimensions très considérables. Les fragments qui subsistent traitent de la législation de la vente, de l'usufruit, de la dot, des donations, des tutelles, et de la représentation judiciaire. Ils sont tirés des ouvrages de Papinien, Ulpien et Paul, des deux recueils de rescrits, et d'un petit nombre de décisions générales, la dernière en date de l'année 372. Il se peut que la compilation ait environ la même antiquité que la *Collatio* ; néanmoins Mommsen incline à l'attribuer à l'époque de Constantin, et à présumer que la constitution de 372 fut introduite ultérieurement. Elle est imprimée dans la collection du droit Antéjustinien de Huschke ; mais le texte autorisé est celui de Mommsen, soumis en même temps qu'un fac-simile du MS., à l'Académie de Berlin, en 1859 (2). 3) La *Consul-*

(2) Le texte a été réimprimé dans un petit volume publié à Bonn, en 1861, et, depuis lors, dans la collection des auteurs Latins et Grecs de Weidmann.

tatio (veteris cujusdam jurisconsulti consultatio) (3) fut publiée pour la première fois par Cujas en 1577, d'après un manuscrit (aujourd'hui perdu), qui lui était venu de son ami Antoine Loysel. Elle paraît être une partie d'un recueil de réponses à des questions de droit soumises à l'avis de jurisconsultes, et présente de l'importance, à cause des fragments qu'elle contient des Sentences de Paul et des trois Codes. On pense qu'elle fut écrite en France, à la fin du cinquième siècle, ou au commencement du sixième.

Section 82. — Les Codes Romano-Barbares

Ce titre s'applique d'ordinaire à trois recueils composés dans l'Europe Occidentale, après qu'elle eut rejeté la souveraineté de Rome. Ce sont.

1. L'*Edictum Theodorici*, composé à la demande de Théodoric, roi des Ostrogoths, pendant qu'il se trouvait à Rome, en 500. Ses matériaux furent empruntés aux ouvrages des jurisconsultes (principalement aux Sentences de Paul) aux Codes Grégorien, Hermogénien et Théodosien, ainsi qu'aux Novelles postérieures, le tout réduit en 154 sections, sans arrangement systématique, mais touchant à toutes les branches du droit public et privé, spécialement au droit criminel et à la procédure. On déclarait qu'il était destiné à s'appliquer à tous les sujets de Théodoric, aussi bien Goths que Romains; mais on admet assez généralement que cette conception ne put être complétement réalisée, et qu'en certaines matières, *e. g.*, la

(3) Voir Rudorff, « Ueber d. Entstehung d. Consultatio », *Z. f. gesch. RW.*, vol. XIII (1846), p. 50 *sq.*, et Huschke, dans sa préface à ce fragment, dans sa *Jurisprud. antejustiniana*, p. 797 *sq* [p. 835 *sq*].

législation de la famille, les coutumes Gothiques durent encore continuer à prévaloir (1).

2. La *Lex Romana Visigothorum* ou *Breviarium Alaricianum* fut un recueil bien plus ambitieux et plus important. Il fut composé par des commissaires nommés par Alaric II, roi des Visigoths, avec l'approbation des évêques et des nobles, publié à Aire, en Gascogne, en l'année 506 ; l'original fut déposé au trésor, et des copies collationnées et certifiées furent envoyées à tous les fonctionnaires supérieurs du royaume avec l'injonction de ne permettre, dans le ressort de leurs juridictions, l'emploi d'aucune autre loi, sous peine de mort. Conformément à leur mandat, les compilateurs choisirent leurs matériaux, partie dans les *leges* (décisions législatives), partie dans le *jus* (droit dérivé de la doctrine) ; prenant ce qu'ils jugeaient approprié, sans altérer le texte, si ce n'est par voie de retranchement des passages surannés ou d'un caractère purement historique. Pour les *leges*, ils utilisèrent environ 400 des 3400 décisions (suivant l'estimation de Hænel) du code Théodosien, et environ 30 des 104 Novelles post-Théodosiennes connues ; pour le *jus*, — les Institutes de Gaius, les Sentences de Paul, les rescrits des collections Grégorienne et Hermogénienne, et le premier livre des Réponses de Papinien (une seule phrase). Le tout, sauf Gaius, accompagné d'une « interprétation », qui

(1) Voir Savigny, *Gesch. d. R. R.*, vol. II p. 172 *sq.* Glöden, *Das Röm. Recht im Ostgothischen Reiche*, Jena, 1843 ; Stobbe, *Gesch. der deutsch. Rechtsquellen* (Leipzig, 1860-64)) vol. I. p. 94 *sq.* Le texte fut publié pour la première fois en 1579, d'après un MS. de Pithou, dans un appendice aux *Variarum Libri XII* de Cassiodore, et se trouve dans la plupart des collections de *Leges Barbarorum* ; celui des *Monum. Germ. hist.*, *Leges* de Pertz, vol. V, est dû à Blume. La dernière édition séparée est celle de Rhon, *Comment. ad Edict. Theodorici*, Halle, 1816.

ressemble à l'*interpretatio* des XII Tables, sous ce rapport, — que souvent elle sert moins à expliquer le texte qu'à le restreindre ou à le corriger. Gaius se trouve dans un Epitome en deux livres, que l'on croit n'avoir été que la reproduction d'un abrégé, ayant déjà cours, et datant du commencement du cinquième siècle environ. Le Bréviaire exerça une influence très considérable en Europe en général. On en trouve la trace, par exemple dans la *lex Salica*, dans les Capitulaires, et dans les recueils de formules des premiers temps du Moyen Age ; et il n'y a point de doute que, jusqu'à l'avénement de l'école de Bologne, au douzième siècle, ce n'ait été plutôt du Bréviaire que des livres de Justinien, que l'Europe Occidentale acquit la maigre notion qu'elle avait du droit romain (2).

3. La *Lex Romana Burgundionum*, autrefois, et à cause d'une erreur d'un copiste, appelée *Papianus*. C'est le recueil que le roi Gondebaud, en publiant en 501 son code de législation nationale (*lex Burgundionum* ou *Gundobada*), avait promis de faire préparer à l'usage de ses sujets Romains. La date de cette loi, et même le point de savoir si elle fut promulguée par lui ou son fils Sigismond, sont incertains. L'insertion, dans ce recueil, de certains passages, qui portent une ressemblance étroite avec quelques-unes des « interprétations » du Bréviaire, a donné à penser à beaucoup de jurisconsultes qu'il doit être d'une date postérieure à l'année 506 ; mais il se peut très bien que les interprétations en question aient été em-

(2) Voir Savigny, vol. II, p. 37 *sq ;* Hænel, *Prolegomena* ; Stobbe, vol I, p. 65 *sq ;* Karlowa, *Röm. RG.*, vol. I, p. 976 *sq.* Le Bréviaire fut publié pour la première fois *in extenso* par Sichard (Bâle, 1528) ; mais l'édition autorisée est celle de Hænel, — *Lex Rom. Wisigothorum ad LXXII libror. manuscriptor. fidem recognovit... Gust Hænel*, Berlin, 1847.

pruntées par les compilateurs des deux recueils à une source plus ancienne. Le Code Romano-Burgonde traite du droit privé, du droit criminel, et de la procédure judiciaire ; il est distribué en quarante-sept titres et suit beaucoup l'ordre de la *Gundobada*, dont il renferme un petit nombre d'extraits. Ses sources législatives Romaines sont les mêmes que celles du Bréviaire ; les autorités doctrinales mentionnées sont Gaius et Paul, ce dernier, dans ses Sentences, et le premier (seulement trois fois en tout) dans un livre autre que ses Institutes. En la forme, ce n'est pas un recueil d'extraits, comme le Bréviaire ou le Digeste et le Code de Justinien, mais une compilation suivie et homogène, quelque chose d'intermédiaire entre un manuel et un code, ne citant qu'accidentellement les autorités de l'écrivain, de cette manière — « secundum legem Theodosiani, lib. IX. » « secundum legem Novellam, » « secundum Pauli sententiam », etc. (3).

Section 83. — Recueils orientaux.

On découvrit, il y a quelques années, au couvent du Mont Sinaï, une liasse de feuilles de papyrus, qui paraissaient contenir une partie d'un traité de droit Gréco-Romain. Le Dr Bernardakis, qui les avait découvertes, en fit une copie, qu'il adressa à Paris à Dareste, qui les publia en 1880. Depuis lors, elles ont été rééditées par Zachariæ v.

(3) Voir la préface à la *Lex Romana Burgundionum*, de Barkow, Greifswald, 1824 ; Savigny, vol. II, p. 9 *sq.*, et vol. VII (avec appendice de Merkel), p. 30 *sq* ; Blume, « Ueber den burgundischen Papianus, » *Jahrb. des gem. Rechts* de Bekker et Muther, vol. II (1858), p. 197 *sq* ; Karlowa, *R m. RG.*, vol. I, p. 983 *sq*. La première édition fut donnée par Cujas, en 1566 ; la meilleure est celle de Blume, dans les *Monum. Germ. hist.*, *Leges*, de Pertz, vol. III (1863), p. 505 ; la plus commode, celle de Barkow (cité plus haut).

Lingenthal, Alibrandi et Kruger; et peut être pourront encore être mieux élucidées après une révision, et, s'il est possible, une reproduction photographique des originaux. On les a reconnues pour des parties d'un commentaire sur *Ulpianus ad Sabinum*, écrit après le Code Théodosien, mais avant celui de Justinien, et, par conséquent, entre 439 et 529. Le scoliaste, qui paraît s'être proposé, dans son livre, un but plutôt didactique que pratique, et qui était peut être de l'école de Beyrout, fait usage, non seulement du Code Théodosien, mais aussi des Codes Grégorien et Hermogénien, et cite souvent ce dernier, faisant ainsi, comme l'observe Krüger, naître l'impression qu'il devait avoir des proportions plus considérables qu'on ne le suppose d'ordinaire. Parmi les jurisconsultes, auxquels il se réfère, se trouvent Marcien, Florentin, Paul et Modestin. Les *papyri* ont jeté une lumière nouvelle sur un petit nombre de questions d'histoire juridique, et il se peut qu'on arrive à en tirer encore davantage (1).

Sous le titre de *Leges Constantini Theodosii et Leonis* il subsiste en Syriaque, Arabe et Arménien, au Musée Britannique, dans la Bibliothèque Bodléenne, et les Bibliothèques Nationales et Royales de Paris, Berlin et St-Pétersbourg, des manuscrits d'un recueil de droit Syro-Romain, qui date de l'année 476 environ, et fut récemment publié par Bruns et Sachau, sous le titre de *Syrisch-Rœmisches Rechtsbuch* (2). L'opinion de Bruns est que

(1) Voir Dareste, *Nouv. Rev. Hist.*, vol. IV (1880), p. 643 *sq*; Alibrandi, *Studi e documenti di storia e diritto*, vol. III (1882), p. 30 *sq*: Krüger, *Z. d. Sav. Stift.*, vol. IV, (1883), *R. A.*, p. 1 *sq*; Karlowa, *Röm. RG.*, vol. I, p. 985 *sq*..

(2) *Syrisch-Römisches Rechtsbuch aus dem fünften Jahrhundert..... herausgegeben, übersetzt, u. erlautert von Dr. K. G. Bruns u. Dr. E. Sachau*, Leipzig, 1880. Voir le compte rendu de Bluntschli, *Krit. VJS. f. Rechts-*

toutes les versions dérivent d'un original Grec, dont il ne reste point de traces, mais qui doit, d'après lui, avoir été composé en Syrie même. Comme répertoire de droit Romain, il n'a que peu ou point de valeur ; toutefois il présente assurément de l'intérêt en ce qu'il montre comment, en dépit de tous les efforts de la législation, le droit pouvait se corrompre et se dégrader dans les provinces au contact des coutumes indigènes, et, dans une certaine mesure, par l'ignorance des jurisconsultes ; mais il ajoute à peine un simple iota à notre connaissance de la pure doctrine Romaine.

wissensch. N. F., vol. III (1880), p. 548 *sq* ; également Karlowa, *Röm. RG.*, vol. I, p. 987 *sq*. Une version Syriaque, d'après un MS. du Musée Britannique, a été publiée, avec une traduction Latine, par un théologien et orientaliste Hollandais, le Dr. Land, dans ses *Anecdota Syriaca* (Leyde, 1862) ; mais le défaut de connaissances juridiques l'empêcha d'atteindre complètement le but ; c'est pourquoi l'édition de Bruns et Sachau fut entreprise à l'instigation et aux frais de l'Académie de Berlin. Von Hube donne, dans la *Z. d. Sav. Stift.* vol. III (*R. A.*), p. 17 *sq* ; certains renseignements sur la traduction de ce Code en Géorgien au XVIIe siècle, et la traduction de celui-ci en Russe, en 1813, et 1823 [Voir Esmein, « Un traité de droit Syro-Romain du Ve siècle, » *Mélanges*, Paris, 1886, p. 403 *sq*.]

CHAPITRE TROIS

LE DROIT DE JUSTINIEN

Section 84. — Les Recueils de Justinien et sa législation propre

« Flavius Anicius Justinianus, surnommé le Grand, le plus célèbre de tous les empereurs de l'empire Romain d'Orient, était barbare de naissance, natif d'un lieu nommé Tauresium, dans le district de Dardanie, région de l'Illyrie, et vint au monde, très probablement le 11 mai 483. D'après les noms propres que l'on constate avoir été portés par les membres de sa famille, on a diversement conjecturé qu'elle était ou Teutonne, ou Slave. Cette dernière opinion semble la plus probable. Son nom à lui était originairement Upravda. Justinien était un nom Romain, qu'il prit de son oncle Justin qui l'adopta et auquel il dut son avancement dans la vie. Nous ne savons rien des premiers temps de son existence, sinon qu'il vint à Constantinople, étant encore un jeune homme, et y reçut une excellente éducation. Il est certain qu'il sut le Latin avant le Grec ; on prétend qu'il parla toujours Grec avec un accent barbare. Quand Justin monta sur le trône, en 518 A. D., Justinien devint sur le champ un personnage de la plus haute importance, guidant, spécialement dans les affaires ecclésiastiques, la politique de son vieil oncle, ignorant et sans enfants ; il reçut de ses mains des fonctions et un rang élevé, et en vint bientôt à être

regardé comme son successeur désigné. A la mort de Justin en 527, et après lui avoir été associé comme co-empereur, quelques mois auparavant, il lui succéda au trône sans opposition » (1).

De tous ses grands desseins à l'intérieur et à l'extérieur, il n'en est point qui fut suivi d'autant de succès que son projet de faire un recueil imposant de droit. Avec l'ambition de réaliser une réforme plus complète encore que celle que Théodose s'était proposée, mais n'avait pu exécuter (pp. 497-498), il fit le premier pas dans cette voie, un peu plus de six mois après la mort de son oncle, en nommant une commission chargée de préparer un recueil de lois. Ce recueil fut publié en avril 529 ; puis, dans une succession rapide, suivirent ses Cinquante Décisions (529-532), ses Institutes (21 novembre 533), son Digeste composé d'extraits des jurisconsultes (16 décembre 533) et l'édition revue de son Code, dans laquelle il inséra sa propre législation jusqu'à cette date (16 novembre 534). A partir de cette époque, jusqu'à sa mort, en 565, suivit une série de Novelles (*novellæ constitutiones*), qui ne furent jamais officiellement réunies, et dont beaucoup probablement ont été perdues.

Le premier indice de son dessein était contenu dans une constitution adressée au Sénat, en date du 13 février 528 (2). On a des raisons de croire qu'il avait déjà projeté

(1) D'après l'article « Justinien » du professeur Bryce, dans l'*Encyclopædia Britannica*, vol. XIII, p. 792 *sq*; auquel on renvoie le lecteur, ainsi qu'à un autre article, portant le même titre, dans le troisième volume de Smith, *Dictionary of Christian Biography*, de la plume du même savant auteur, — pour l'exposé de l'administration de l'empire par cet empereur, sa politique ecclésiastique, ses guerres et sa politique extérieure en général. Ceux qui, à présent, veulent pénétrer son histoire plus avant, doivent consulter les pages que lui consacre Gibbon

(2) Const. « Hæc quæ necessario, » qui forme la première préface du Code.

la composition de tous les recueils que nous possédons aujourd'hui, et peut-être même avait-il en vue une codification, au sens moderne du mot, générale et définitive. Néanmoins, cette constitution ne contient d'allusion à rien de plus qu'un recueil de lois (*leges*) — de tout ce qui valait la peine d'être conservé dans les Codes Grégorien, Hermogénien et Théodosien, et dans les décisions postérieures de ses prédécesseurs dans l'empire. Il informait le Sénat que, pour cette compilation, il avait nommé une commission de dix membres, la plupart ministres d'état, mais comprenant Théophile, professeur à Constantinople, et deux avocats de distinction. Ils reçurent pour instruction de rejeter toutes les décisions qui étaient tombées en désuétude, et toutes celles qu'ils considéraient n'avoir aucune portée pratique; ils étaient autorisés à abréger celles qu'ils admettaient, et à apporter à leur langage tels changements qu'ils jugeraient nécessaires ou utiles. L'œuvre fut terminée en un peu plus d'un an, et officiellement sanctionnée sous le nom de *Justinianeus Codex* par une constitution du 7 avril 529, adressée à Menna, l'un des préfets du prétoire (3). L'empereur y déclarait que le nouveau recueil devait être à l'avenir regardé comme le seul répertoire de législation dans toute l'étendue de l'empire, défendant expressément de se référer aux collections antérieures; et que celles de ses décisions, qui avaient été originairement adressées à des individus, et avaient, jusque là, compté seulement comme rescrits, devraient maintenant être reçues avec toute l'autorité de lois générales (*leges edictales*). Quant aux dispositions législatives de la république, et aux sénatusconsultes des premiers temps de l'empire, on avait, depuis longtemps,

(3) *Const.* « Summa rei publicæ, » — la 2e préface du Code.

cessé de s'y référer comme monuments de législation revêtus d'autorité ; ils furent reconnus simplement sous la forme dans laquelle ils avaient été insérés dans les ouvrages des jurisconsultes, et furent regardés comme une partie du *jus* ou droit doctrinal, plutôt que des *leges* ou droit législatif.

Ce fut vers ce droit doctrinal (*vetus jus*) que Justinien tourna ensuite son attention. Malgré la limitation imposée par la « Loi des Citations » de Valentinien (§ 76) la masse en était excessive et la qualité inégale, en même temps qu'il laissait beaucoup à désirer au point de vue de la certitude ; par conséquent, il parut utile à l'empereur de le trier à fond, et de le réduire à des proportions plus maniables. Il fut secondé dans son projet, si même il n'y fut poussé, par Tribonien, qui était devenu Questeur du Palais Royal, et dont le nom sera toujours associé à celui de Justinien, parce qu'il fut l'âme des réformes juridiques de ce dernier. Il ne peut guère y avoir de doute que Tribonien n'ait été en réalité l'auteur de la constitution, à lui-même adressée (4), et où l'on traçait les grandes lignes, d'après lesquelles on devait élever l'édifice du nouveau recueil. Sous le nom de *Digesta* ou *Pandectæ*, divisé en cinquante livres, chacun subdivisé en titres, et disposé, d'une manière générale, d'après l'ordre des matières dans la consolidation de l'Edit par Julien, il devait comprendre un choix d'extraits tirés des ouvrages de ceux des anciens jurisconsultes, dont l'autorité avait été reconnue par les souverains antérieurs (5), de nature à fournir un exposé

(4) *Const.* « Deo auctore » du 15 décembre 530, dans la préface du Digeste, et encore au *Code* I. 17, 1.

(5) Antiquorum prudentium, quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi Principes præbuerunt » (*Const. cit.*, § 4). Cette désignation comprenait non seulement ceux

de tout le droit toujours en vigueur et non encore promulgué dans le recueil de lois récemment achevé. Pour l'aider dans l'exécution de l'œuvre, Tribonien était autorisé à se nommer tels collaborateurs qu'il jugerait à propos. Tout en lui demandant, à lui et aux autres, en témoignage de leur observation stricte du plan général, d'insérer en tête de chaque extrait le nom de l'auteur et de son traité particulier, d'où le passage était tiré, on leur laissait d'autre part un pouvoir discrétionnaire très large dans le choix des matériaux, et pour la façon de les traiter. La loi de Valentinien avait défendu toute mention des notes d'Ulpien et de Paul sur les ouvrages de Papinien, et avait déclaré que, au cas de différence d'opinion entre les jurisconsultes, celle de ce dernier (à moins de majorité contre lui) devait prévaloir ; mais les compilateurs du Digeste furent relevés de toute restriction de ce genre, et autorisés à apprécier, d'après leur propre jugement, lequel de deux ou plusieurs *dicta* contradictoires devait être préféré. En outre, ils étaient autorisés à supprimer ce qui était superflu et redondant, à changer les expressions, et même à interpoler un mot ou une phrase là où ils le jugeraient utile ; en effet, le dessein de l'empereur était de publier, non point un aperçu historique du droit, mais un exposé officiel de la législation telle qu'elle existait alors, qui ne serait plus soumis à la controverse et serait partout reçu définitivement.

Tribonien s'adjoignit seize collègues, dont quatre étaient professeurs de droit, et onze membres du barreau. Même avant qu'ils eussent commencé leurs travaux, Tri-

qui avaient reçu le *jus respondendi ex auctoritate principis* (*supra*, § 59), mais aussi ceux qui n'avaient pas eu le même privilège (tels que Gaius), et dont les ouvrages avaient obtenu la sanction impériale, en vertu de la « Loi des Citations » (§ 76).

bonien avait découvert qu'il y avait beaucoup de points de droit qui ne pouvaient être réglés d'une façon satisfaisante que par l'autorité impériale : et, à mesure que l'ouvrage avançait, il en apparaissait de plus en plus. On fit cesser toute controverse à leur sujet, au moyen d'une série de décisions de Justinien, dans les années 529-532, qui furent appelées « les Cinquante Décisions » (*Quinquaginta Decisiones*) (6) : il y a quelque raison de supposer qu'elles formaient une collection par elles-mêmes, avant leur insertion dans la deuxième édition du Code (7).

Quand le Digeste fut près de s'achever, on entreprit un autre travail, qui avait été esquissé à l'avance dans la constitution « Deo auctore » (8). Ce fut le petit volume si connu sous le nom d'Institutes de Justinien (*Justiniani Institutiones*), — traité élémentaire à l'usage des étudiants. Le soin de le préparer fut confié à Tribonien, Théophile et Dorothée ; mais il semble avoir été accompli en réalité par les deux derniers, professeurs respectivement à Constantinople et à Beyrout. Sa base, suivant les instructions de l'empereur, avait été les Institutes de Gaius, pendant longtemps le manuel d'instruction dans les écoles de droit. Pour le préparer, les compilateurs eurent un pouvoir bien plus large que pour le Digeste. Ils reçurent pour instruction d'effacer tout ce qui était vieilli, et d'introduire tout ce qu'ils estimeraient nécessaire pour faire du petit livre un exposé fidèle, bien qu'élémentaire, du droit de Justinien. C'est de la sorte que disparurent

(6) « Nostras constitutiones, per quas, suggerente nobis Triboniano.... antiqui juris altercationes placavimus » (Just., *Inst.*, I, 5, § 3).

(7) « Sicut libro L. constitutionum invenies » : dans la Glose de Turin sur les Institutes, dans Savigny, *Gesch. d. R. R.*, vol. II, p. 452.

(8) *Const. cit.*, § 11 Voir aussi *Const.* « Tanta, » § 11 (dans la préface du *Dig.* et au *Cod.* I, 17, 2), et *proœm. Inst.*

tous les récits détaillés de Gaius sur des institutions devenues surannées avant l'époque de Justinien, et qu'on se borna à en introduire simplement, çà et là, une brève mention. On inséra quelques règles et définitions, tirées des *Libri VII rerum quotidianarum* de Gaius, et des ouvrages élémentaires de Marcien, Ulpien, Florentin, et d'autres jurisconsultes classiques ; ainsi qu'une masse considérable de matériaux nouveaux pour exposer les réformes des derniers empereurs, parmi lesquelles on donna une prééminence spéciale à la législation de Justinien lui-même. La façon dont ce fut fait est répréhensible et gâte l'œuvre dans son ensemble ; en la forme, c'est l'empereur qui est l'auteur : et il est déplaisant de le voir si souvent faire parade de sa propre sagesse, de son humanité, de sa bienfaisance, et tracer des comparaisons entre lui-même et ses prédécesseurs, tout à son avantage à lui.

Les Institutes furent publiées le 21 novembre 533 ; le Digeste ou Pandectes (*Digesta, Pandectæ*) suivirent le 16 décembre de la même année. Trois constitutions, en date de ce jour, annoncèrent leur achèvement, — l'une connue sous le nom de constitution « Tanta », adressée au sénat et au monde, et qui ratifiait l'œuvre ; une autre, appelée « Δέδωκεν », qui était en substance une traduction Grecque de la première ; et la troisième, connue sous le nom de « Omnem rei publicae », adressée spécialement aux professeurs des écoles de droit (9), Trois ans avaient suffi pour réduire la masse du droit ancien (*jus vetus*) à un vingtième environ de son volume. Ce résultat avait été facilité par la division du travail ; les commis-

(9) Elles sont imprimées les trois dans la préface du Digeste : la constitution « Tanta » l'est aussi au *Cod.* I, 17, 2.

saires s'étaient répartis en trois sections, à chacune desquelles on avait confié tous les livres d'une catégorie particulière, — ceux qui avaient trait au *jus civile*, à la première, ceux qui se rapportaient au *jus honorarium*, à la seconde, et ceux qui ne pouvaient être rangés proprement sous aucun de ces titres, à la troisième (10). Les matériaux choisis par ces trois sections semblent avoir été soumis ensuite, soit à la commission tout entière, soit à un comité de rédaction, par les soins duquel ils étaient distribués sous des rubriques appropriées, et soumis à une deuxième révision, où l'on effaçait ce qui était manifestement superflu (11), supprimait les contradictions (12), faisait des changements ou des interpolations de mots, de façon à adapter la doctrine aux modifications de la législation (13). Le tout fut alors distribué en sept parties et cinquante livres. La division en sept parties fut faite apparemment en vue de réorganiser le cours des études dans

(10) Ce fut Blume qui, par des preuves intrinsèques, découvrit le *modus operandi* des commissaires qui explique l'arrangement, confus, autrement des extraits dans les divers titres. Son article se trouve dans la *Z. f. gesch. RW.*, vol. IV (1820) p. 257 *sq.* On trouvera un compte rendu des résultats auxquels il arriva, dans Roby, *Introduction*, p. XLVI. *sq.*

(11) Tout cela était conforme aux instructions contenues dans la *Const.* « Deo auctore », §§ 7-10.

(12) Justinien, dans la *Const.* « Tanta », § 15, nie que l'on puisse trouver aucune contradiction dans le Digeste. Mais il contient nombre de passages que toute l'habileté des Romanistes a été impuissante à concilier.

(13) On désigne souvent ces changements et interpolations sous le nom d' « emblèmes de Tribonien » (*emblemata Triboniani*). Ce n'est qu'à l'égard d'un très petit nombre d'extraits du Digeste que nous avons les moyens de juger dans quelle mesure le texte a été l'objet de manipulations ; mais on trouve dans l'*Introduction* de Mr Roby, chap. V, une comparaison de certains d'entre eux avec les versions que l'on peut présumer originales, et qui sont conservées dans les Fragments du Vatican, et ailleurs ; elle est très instructive.

les écoles (14); la division en livres fut faite conformément aux instructions de l'empereur dans la constitution « Deo auctore », et ne s'accomplit pas sans quelque complaisance des matières (15). Chaque livre, à l'exception des trois livres consacrés aux legs, contient un plus ou moins grand nombre de titres munis de rubriques; ceux-ci, à leur tour, contiennent chacun un nombre variable de lois ou fragments, dont quelques-uns ne sont que d'un mot ou de deux, qui servent de chainon pour relier ce qui précède et ce qui suit, tandis que d'autres remplissent deux ou trois pages; et tous ces fragments, sauf les plus courts, sont subdivisés en paragraphes (16). Chaque loi, ou plutôt fragment, est un extrait de quelque traité d'un jurisconsulte ancien; et ce traité, conformément aux instructions de Justinien, est invariablement cité au commencement (17). La nature des livres mis à contribution a été indiquée dans des sections précédentes (§§ 61-64), en commentant l'activité littéraire des jurisconsultes des premiers temps de l'empire. Le nombre de ces livres était très considérable, mais ils étaient tous sortis de la plume de trente-neuf auteurs. Le plus ancien est Quintus Mucius Scævola (p. 336), à ne pas confondre avec Q. Cervidius Scævola (p. 410); il est le seul jurisconsulte de la République, des œuvres du-

(14) Sur cette division, voir Justinien lui-même dans les *Const.* « Tanta » et « Δέδωκεν » §§2-8; Eyssenhardt, *Justinians Digesten nach Drittheilen, Partes, Büchern, Titeln, u. Fragmenten* (Leipzig, 1845) p. 44. *sq*; Roby, *Introd.*, p. XXIX. *sq.*

(15) Afin d'atteindre les cinquante, la matière des legs dut être etendue en trois livres (XXX-XXXII), souvent appelés le 1er, 2e et 3e livres *de legatis*. Aucun d'eux n'est subdivisé en titres.

(16) Cela explique la méthode de citation aujourd'hui habituelle: *Dig.* XI. 7, fr. 8, § 3, ou parfois fr. 8, § 3, *Dig.*, *de religiosis* (XI. 7).

(17) Comme dans le fragment mentionné dans la note précédente, — « Ulpianus, libro XXV, ad Edictum. ».

quel on ait conservé quelque extrait direct. Les derniers sont Hermogène et Arcadius Charisius (p. 415), que l'on suppose avoir été florissants à peu près au milieu du quatrième siècle après J. C. Celui que l'on a le plus largement utilisé est Ulpien : il fournit environ le tiers de tout le Digeste : la plus grande partie est tirée de son Commentaire sur l'Edit. Paul remplit environ un sixième du tout ; puis, après lui, viennent, d'après leur importance, au point de vue de la masse de leurs contributions respectives, Papinien, Julien, Pomponius, Q. Cervidius Scævola, Gaius et Modestin (18).

L'ordre de succession des livres et des titres dans le Digeste est, à première vue, quelque peu incompréhensible, et, en se plaçant à un point de vue moderne, il n'est rien moins que satisfaisant. Ce n'est point un exposé systématique des droits des individus ou de la législation qui les gouvernait, mais plutôt des mesures employées par les magistrats et les juges pour leur protection et leur revendication. La méthode est en substance celle qui est adoptée par Julien dans sa consolidation de l'édit (p. 392). Cela était conforme aux instructions de Justinien ; et n'était pas sans avoir ses avantages pour ceux à qui son recueil était destiné. Mais il est, au premier abord, quelque peu embarrassant pour un moderne de trouver (par exemple) la matière des pactes ou conventions traitée au second livre, celle des contrats réels et consensuels, dans les livres 12-19, et les stipulations rejetées au livre 45 ; de voir la pro-

(18) Dans Hommel, *Palingenesia libror. juris veterum* (3 vols. Leipzig, 1767) les extraits de chaque auteur sont réunis, replacés en ordre d'après les livres de cet auteur dont ils étaient tirés, et imprimés d'une façon consécutive. L'ordre donné plus haut est déterminé par le nombre de pages des *Palingenesia* que les contributions de chacun de ces jurisconsultes occupent.

priété traitée au sixième livre, et son exposition reprise au livre 41 ; les incapacités des mineurs expliquées au quatrième livre, et la tutelle introduite seulement aux livres 26 et 27. Tout cela pourtant a son explication historique (19). L'ordre de succession des fragments dans chaque titre en particulier était aussi quelque peu embarrassant, jusqu'à ce que Blume en eut fourni la clef (*supra*, p. 515). En bien des titres, le sujet semble parcouru une deuxième et même souvent une troisième fois. On est disposé à penser que cela aurait pu, dans une large mesure, être évité, si la révision finale avait été plus circonspecte. Mais la célérité était un des objets où tendait Tribonien; comme le prouve le fait de n'avoir accordé qu'une seule quinzaine entre la publication de ce grand corps de droit et sa mise en vigueur dans tout l'empire. Et ainsi, pour gagner du temps, les matériaux rentrant dans chaque titre particulier, apportés par chacune des trois sections entre lesquelles la commission s'était divisée, furent, en règle générale, jetés dans l'œuvre tels quels, en donnant d'ordinaire la préférence à la contribution la plus considé-

(19) Voir Roby, *Introduction*, pp. XXXI-XLVI. Il fait observer (p. XXXIII) : « Le Digeste est un manuel pour les praticiens, et non un traité systématique pour les étudiants. Il examine quels sont les juges, les demandeurs, et comment ils peuvent amener les défendeurs en justice, quelles matières peuvent donner lieu à des actions ; l'effet des jugements, et les moyens de les mettre à exécution ; puis d'autres procédés, tels que des ordres et des reconnaissances » (*i. e.*, les interdits et les stipulations prétoriennes). « On expose d'abord les questions nécessaires à l'explication des diverses actions, souvent dans des titres séparés, et une matière voisine est quelquefois rapportée dans d'autres titres ». (*E. g.*, le droit des fiançailles, du mariage, de la dot, des réglements dotaux, et les rapports matrimoniaux en général sont groupés autour de la discussion de l'*actio rei uxoriæ*), « C'est l'insertion de ces titres préliminaires et explicatifs, et des digressions qui s'y ajoutent çà et là, qui souvent empêchent l'étudiant de saisir les grandes lignes de l'arrangement. »

rable. Les commissaires, chargés de réviser, se contentèrent d'expurger ce qui n'avait pas de rapport, ou était contradictoire, sans toucher aux simples répétitions. Au titre *locati* (Dig., XIX, 2), par exemple, il y a en tout 62 fragments. Les 38 premiers, à l'exception de quatre ou cinq, constituent ce qu'on appelle le groupe Sabinien, — la part contributoire de la section qui traitait des ouvrages ayant pour objet le *jus civile;* les fragments 39-52 constituent le groupe appelé Edictal, fourni par la section à laquelle on avait confié les traités sur le *jus honorarium;* les fragments 53-56 forment le groupe appelé groupe de Papinien, — part contributoire de la troisième section; et le reste rentre, pour la plus grande partie, dans ce que les éditeurs récents regardent comme un appendice aux trois groupes. On peut observer la même façon d'opérer dans tout le Digeste, bien que, de temps à autre, on puisse noter la présence d'un fragment Edictal ou de Papinien, intercalé au milieu d'une série de fragments Sabiniens ou *vice versa*, lorsque cela est nécessaire pour apporter une restriction ou une addition à ce qui précède (20).

Peu après la publication du Digeste, Justinien chargea Tribonien, Dorothée et deux ou trois autres de préparer une nouvelle édition du Code de lois de 529. Elle était devenue nécessaire, par suite des nombreuses réformes introduites par l'empereur, pendant les six années qu'il avait occupé le trône. Les termes mêmes de ce mandat ne nous ont pas été conservés, mais sa portée est indiquée dans la constitution « Cordi nobis » du 16 novembre 534 (21), par laquelle le nouveau recueil fut sanctionné sous

(20) Voir *supra*, note 10.

(21) Elle est adressée au sénat, et se trouve dans la préface du Code.

le nom de *Codex Justiniani repetitæ prælectionis*. C'est l'édition que nous possédons maintenant. L'entière disparition de toutes les copies de la première rend impossible de dire avec certitude si, oui ou non, elles procédaient les deux suivant les mêmes principes ; mais l'emphase, avec laquelle l'empereur, dans la constitution précitée, souligne l'expression *repetita prælectio*, permet de considérer comme plus que probable que les seuls changements se bornèrent à supprimer ce qui avait cessé d'avoir force de loi (22), et à introduire environ quatre cents décisions de Justinien lui-même, comprenant les *Quinquaginta Decisiones* (p. 513). La disposition suit l'ordre de l'Edit, plus étroitement qu'au Digeste. La division est en douze livres, dont la correspondance avec le Digeste est approximativement celle-ci,

Partie	I du Digeste	=	Livres	1, 2	du Code.	
»	II	»	=	Livre	3	»
»	III	»	=	»	4	»
»	IV	»	=	»	5	»
»	V	»	=	»	6	»
»	VI	»	=	»	7	»
»	VII	»	=	Livres	8-12	»

Toutefois le Code, en particulier aux Livres 1 et 9-12, contient bien des choses relatives aux institutions politiques, ecclésiastiques, criminelles, municipales, fiscales et militaires, qui n'ont pas leur équivalent au Digeste. Chaque livre est divisé en titres, bien plus nombreux que dans le recueil doctrinal ; chaque titre contient un nombre plus ou moins grand de lois (*leges*), dont les plus longues sont sub-

(22) Par hasard ou à dessein, on supprima une ou deux décisions sur lesquelles se fondent les Institutes, par exemple, II. 10, § 11, et II. 20, § 27.

divisées en paragraphes (23). Conformément aux instructions de Justinien, les lois sont placées dans les titres dans l'ordre chronologique ; le nom de l'empereur, dont chacune émanait, et le corps ou individu à qui elle était adressée sont mentionnés en tête (*inscriptio*), et le lieu et le temps où elle a été rendue, (s'ils sont connus), sont énoncés à la fin (*subscriptio*). Le recueil contient de 4.600 à 4.700 décisions, dont plus de la moitié étaient à l'origine des rescrits. Ces derniers ont été manifestement très abrégés ; et la comparaison avec les textes correspondants du code Théodosien montre que même les constitutions de Constantin et de Théodose ont souvent été considérablement écourtées. La constitution la plus ancienne du recueil est un rescrit d'Hadrien, et laplus récente une loi de Justinien, datée d'environ une quinzaine de jours avant la publication du Code. Il n'y en a que 23 antérieures au règne de Septime Sévère. Lui-même et son fils Caracalla en ont à leur charge environ 190 : Caracalla seul, près de 250, Alexandre Sévère, environ 450, Gordien III, plus de 270, Dioclétien et Maximien, plus de douze cents, Constantin, au delà de 200, Valentinien II, Théodose I et Arcadius, à peu près le même nombre, Valentinien II seul, près de 170, Arcadius, environ 180, Théodose II, environ 190 et Justinien, environ 400 (24).

Le nom de Novelles (*novellæ constitutiones post Codicem*) est donné aux décisions de Justinien, postérieures à la publication du Code. Elles sont, pour la plupart, en Grec, quelques-unes en double texte, Grec et

(23) D'où le mode habituel de citation, — *Cod.* VI. 23, *l.* 21, § 5, ou parfois *l.* 21, § 5, *C.* de *testament.* (VI. 23).

(24) Il y a des listes chronologiques dans Haenel, *Corp. leg. ab imperatorib. rom. ante Justinianum latarum* (Leipzig, 1857), et dans un appendice à l'edition du Code par Krueger.

Latin, et un très petit nombre, d'intérêt spécialement local, en Latin seulement. Le plus grand nombre a rapport aux affaires publiques et ecclésiastiques ; mais quelques-unes de celles qui traitent du droit privé, particulièrement celles qui contiennent la réforme du droit de succession ab intestat, sont de la plus haute importance. Elles ne paraissent pas avoir jamais été recueillies officiellement, et on n'en a conservé qu'environ 170 (25).

En réunissant ses décisions au Code et ses Novelles, nous n'arrivons pas loin de 600 constitutions pour la législation propre de Justinien. La part contributoire de Dioclétien au Code est, en nombre, de plus du double, mais la plupart de ses constitutions professent de n'être que de courtes déclarations constatant le droit préexistant, au lieu que celles de Justinien, en dehors de ses Cinquante Décisions, étaient, pour la plupart, des décisions introduisant des réformes ; plusieurs des lois des Novelles sont aussi longues que la moyenne des Actes du Parlement, et traitent de diverses matières, sous une même rubrique. Elles embrassent tout le champ du droit public et privé, civil et criminel, profane et ecclésiastique. On ne peut pas dire qu'elles soient d'une lecture agréable ; elles sont si défigurées par la redondance du langage, l'entrelacement des périodes et une glorification de soi-même vraiment nauséabonde. Mais on ne peut nier que plusieurs de celles qui traitent du droit privé ne contiennent des réformes de grande importance et de tendance très salutaire. L'empereur aimait parfois à se poser en champion de la simpli-

(25) Voir Biener, *Geschichte der Novellen Justinians*, Berlin, 1824. On peut espérer trouver un exposé complet des sources, dont ont été extraites ces constitutions qui nous restent dans les Prolégomènes de l'édition des Novelles par Schoell actuellement en cours de publication (voir § 91 *in fine*)

cité et de l'égalité du droit ancien (*antiquum statum renovantes sancimus* etc.), d'autres fois, à le dénoncer à cause de ses subtilités (*antiquæ subtilitatis ludibrium expellentes*) ; tantôt il se laissait aller à l'influence de son propre ascétisme extrême, et de temps à autre on découvre des traces de soumission à l'impérieuse volonté de sa compagne ; mais, en somme, sa législation fut dictée par ce qu'il se plaisait à appeler *humanitas*, en ce qui touche au droit des personnes, et par la *naturalis ratio* et l'utilité publique, en ce qui concerne le droit des choses. Le résultat fut l'extirpation de presque toute trace du vieux *jus Quiritium*, auquel on substitua, sous le nom de *jus romanum*, ce corps de droit cosmopolite, qui a si largement contribué à la formation de presque tous les systèmes modernes.

Section 85. — Changements dans le droit de la famille.

Avec les empereurs Chrétiens, disparurent les dernières traces de la vieille conception de la *familia* comme agrégation de personnes et de biens soumis absolument au pouvoir et à l'autorité de son chef. La *manus*, pouvoir du mari sur sa femme et sur les choses lui appartenant était chose du passé : ils étaient maintenant placés sur un pied d'entière égalité devant la loi : peut-être serait-il plus exact de dire, au moins à propos de la législation de Justinien, que la femme était la plus privilégiée des deux, au point de vue à la fois de la protection et de l'indulgence que la loi lui accordait. Avec la *manus*, les anciennes *confarreatio* et *coemptio* avaient pris fin : le mariage n'avait plus besoin que du simple échange des consente-

ments (1), sauf entre personnes de dignité ou lorsqu'on avait l'intention de légitimer une descendance antérieure ; dans ce dernier cas, on exigeait un contrat de mariage écrit (2), et, dans le premier, ou bien un contrat de cette sorte, ou un mariage à l'église, en présence de l'évêque et d'au moins trois témoins ecclésiastiques, qui délivraient et signaient un certificat de l'union accomplie (3). Le second mariage, que la loi Julia et Papia Poppaea prescrivait aux veuves au-dessous de cinquante ans, fut blâmé par Théodose et ses successeurs, et finalement entraina la confiscation des *lucra nuptialia* du premier, en faveur des enfants qui en étaient issus (4). On a déjà (p. 183) rapporté la législation des empereurs Chrétiens sur la matière du divorce, à laquelle les Novelles de Justinien ont largement contribué (5). A l'égard de la *dos*, on introduisit bien des mesures nouvelles, principalement pour diminuer le pouvoir de maniement accordé au mari pendant la durée du mariage, élargir le droit de la femme et de ses héritiers sur cette dot, et simplifier les moyens de la recouvrer des mains du mari ou de ses héritiers, à la dissolution du mariage (6). Entre le règne de Constantin et celui de Théodose et Valentinien, c'était devenu une habitude de faire constituer par le futur époux, au profit de la femme qu'il se proposait d'épouser, une provision, qui devait demeurer sa propriété (mais sans le pouvoir d'a-

(1) Théod. et Valent., au *Cod.*, V. 4, 22 ; Just. *Nov.* CXVII, ch. 4.

(2) Just., au *Cod.*, V. 27, 10, pr.

(3) Just., *Nov.* CXVII, ch. 4, 6.

(4) Grat., Valent., et Théod., au *Cod.*, V. 9, *l.* 3 ; Léon et Anthem., *cod. tit.*, *l.* 6 ; Just., *cod. tit.*, *l.* 10, et *Nov.*, XXII, ch. 21-28.

(5) Il y a une décision importante de Théod. et Valent. au *Cod.* V. 17, 8. Justinien traite le sujet *cod. tit.*, *ll.* 10-12, et dans les Novelles XXII, CXVII, CXXVII et CXXXIV.

(6) Voir Just., *Cod.*, V. 12, *ll.* 29-31 ; V. 13, *l. un.*

liénation) pendant le mariage, mais lui passerait à elle au cas de prédécès du mari : cette institution prit le nom de *donatio ante nuptias* ou quelquefois, comme étant une sorte de contre-partie de la *dos*, *antipherna*. La législation la plus ancienne à ce sujet émana des empereurs qui viennent d'être mentionnés. Zénon et Justin poursuivirent la même voie ; et Justinien publia au Code et dans les Novelles cinq ou six décisions pour la réglementer. Le résultat général fut que, partout où une *dos* était donnée ou promise par la femme, une *donatio* devait être constituée par le mari ; que si l'une était augmentée pendant le mariage, un accroissement correspondant devait être donné à l'autre : qu'elle pouvait être constituée après le mariage, sans enfreindre la règle qui prohibait les donations entre mari et femme (ce qui conduisit Justinien à changer le nom ancien en celui de *donatio propter nuptias*) ; que la femme en pourrait demander le transfert à son profit (comme elle le pouvait pour la *dos*) au cas d'insolvabilité de son mari, mais sous l'obligation d'en appliquer les revenus à l'entretien de la famille ; et que, à la dissolution du mariage par la mort du mari ou par un divorce causé par la faute de ce dernier, elle serait amplement pourvue de moyens d'en obtenir la possession (7).

Le changement d'aspect de la relation entre mari et femme, sous les empereurs Chrétiens, fut cependant insignifiant, si on le compare à celui qui s'était produit dans la relation entre père et enfant. Justinien, dans ses

[6 *bis*. Voir la donation *ante nuptias* rapprochée de la *Khetouba* du droit rabbinique, dans Dareste, *J. des savants*, 1884, p. 377 *sq*, spécialement, 378.]

(7) Voir *Inst.*, II, 7, § 3 et tit. *Cod. de don. ante nupt.* (V. 3).

Institutes, reproduit la fanfaronnade de Gaius, que nulle part ailleurs le père n'avait sur ses enfants un pouvoir tel que celui qui était exercé par le *paterfamilias* Romain (8). Il est vrai que le nom de *patria potestas* conservait toujours une place prédominante dans les recueils de Justinien ; mais cette puissance avait été dépouillée de bien des prérogatives qui l'avaient caractérisée pendant la république. Exposer un enfant nouveau-né était défendu sous peine de châtiment. Oter la vie à un enfant adulte, — à moins que ce ne fût la fille tuée avec son amant en flagrant délit d'adultère (10), — était un meurtre (11) ; car le tribunal domestique, avec le pouvoir judiciaire de vie et de mort conféré au *paterfamilias*, son chef, avait disparu depuis bien longtemps. Pour la même raison, le père ne pouvait plus vendre son enfant comme esclave : tout au moins, ne le pouvait-il que lorsque l'enfant était en bas âge, et lui-même dans une pauvreté extrême, telle qu'il fût hors d'état de l'entretenir (12). Même le droit de faire l'abandon noxal de son fils à la victime du délit de ce dernier était tacitement tombé en désuétude, — tant le sentiment commun modifié, en harmonie avec la législation, avait restreint le pouvoir du *paterfamilias* sur ceux qui se trouvaient en sa *potestas* (13). Tout ce qui en restait, dans le dernier état de la législation de Justinien, n'était que ce qui est sanctionné dans la plupart des systèmes modernes, comme conséquences naturelles du lien paternel, — le droit d'infliger un châtiment modéré

(8) Inst. I. 9, § 2.
(9) Valent., Val., et Grat., au *Cod.*, VIII. 51, *l.* 2 ; Just., *cod. tit.*, *l.* 3.
(10) *Dig.*, XLVIII. 5, fr. 20, fr. 22, §§ 2, 4.
(11) Const., au *Cod.*, IX. 17, *l. un.*
(12) Const., au *Cod.*, VIII. 46, 10, et IV. 33, 2.
(13) *Inst.*, IV. 8, § 7.

en cas de faute, de nommer des tuteurs par testament, de donner un *filiusfamilias* en adoption, de faire une substitution pupillaire (droit élargi par Justinien), et de refuser son consentement au mariage de son enfant (mais soumis à l'intervention du magistrat, si le refus était sans raison). On a déjà montré (p. 436), dans une section antérieure, comment le droit du *paterfamilias* sur les gains et acquisitions de ses enfants fut modifié par la reconnaissance du *peculium castrense vel quasi*. Mais la transformation fut poussée par les empereurs Chrétiens à un point tel qu'elle finit par aboutir à la négation de toute propriété du père, sauf à l'égard des acquisitions provenant de fonds avancés par lui à son *filiusfamilias*, pour son usage particulier (*peculium profecticium*) (14). Le père avait, sur certaines des acquisitions de l'enfant, et jusqu'à Justinien, des droits d'usufruit et d'administration : mais la législation de ce prince permit même de les exclure, au gré des personnes de qui provenaient les acquisitions (15). Dans le droit classique, le droit virtuel du père sur le *peculium castrense* de son fils revivait à la mort de ce dernier : si, en effet, il mourait intestat, le père s'appropriait le pécule, non pas en qualité d'héritier de son fils, mais en qualité de propriétaire, dont les pouvoirs, comme tel, avaient été simplement suspendus pour un temps (16). Mais un des chapitres de la célèbre Novelle sur le droit de succession ab intestat abolit même cette prérogative du *paterfamilias* : tous les biens d'un enfant, sauf son *peculium profecticium*, furent reconnus lui ap-

(14) Just., *Inst.*, II, 9, § 1 ; *Cod.*, VI, 61, 6.

(15) *Nov.* CXVII, *ch.* 1, pr.

(16) Ulp., au *Dig.*, XLIX, 17, 2. — Dans le dernier état du droit antérieur à Justinien, le père ne recueillait pas, si son fils, décédé intestat, avait laissé des enfants ou des frères.

partenir à sa mort, aussi bien que pendant sa vie, de sorte que si l'un d'entre eux venait à passer à son père ab intestat, ce ne devait être qu'à titre de succession véritable et en l'absence de descendants (17).

Le même esprit de réforme se manifesta dans toutes les autres branches du droit de famille. L'adoption ne fut plus suivie dans tous les cas d'un changement de famille pour l'adopté; cela n'avait plus lieu que lorsque l'adoptant était en fait un de ses ascendants, tels qu'un grand père paternel ou maternel, — quand il y avait une *potestas* naturelle pour soutenir et justifier la puissance civile (18). Les modes de légitimation des enfants nés hors mariage, spécialement celui qui résultait du mariage subséquent des parents, introduit pour la première fois par Constantin (19) furent réglementés, et la mesure des droits de la postérité légitimée définie avec soin (20). L'émancipation fut simplifiée et débarrassée de l'ancienne procédure de ventes et affranchissements, qui ravalait trop l'enfant au niveau de l'esclave (21). La tutelle légitime fut ouverte aux parents les plus proches du pupille, qu'ils fussent du côté paternel ou maternel (22); et la mère elle-même ou la grand'mère de l'enfant pouvait être autorisée, sous de certaines conditions, à remplir le rôle de tutrice (23). L'esclavage fut souvent converti en colonat, condition plus douce (§ 75); et, même quand cela n'avait pas lieu, on ne

(17) *Nov.* CXVIII, *ch.* 1.

(18) Just., au *Cod.*, VIII. 47, 10.

(19) *Cod.* V. 27, 5.

(20) Just., au *Cod.*, V. 27 *ll.* 10, 11 ; *Nov.* XII, *ch.* 4 ; LXXIV, *praef.*, *ch.* 1, 2 ; LXXXIX, *ch.* 8-10.

(21) Just., *Cod.*, VIII. 48, 6.

(22) Just., *Cod.*, VI. 58, 15, § 4 ; *Nov.* CXVIII, *ch.* 5.

(23) Cela avait été permis même avant Justinien. Voir la constitution de Valent., Théod., et Arcad., au *Cod.*, V. 35, 2. Voir aussi *Nov.* CXIV.

laissait pas les propriétaires abuser de leurs droits; on permit aux esclaves de réclamer la protection du magistrat, et la cruauté du maître pouvait avoir pour résultat de le priver de sa propriété humaine (24). On reconnaît à la parenté née entre deux personnes, alors que l'une d'entre elles ou les deux étaient esclaves (*servilis cognatio*), l'effet de créer non seulement des incapacités, mais des droits (25). Les modes d'affranchissement furent multipliés, et les restrictions de la législation du début de l'empire (p. 427) abolies (26); l'affranchi devint invariablement citoyen; la qualité de Latin Junien (p. 429) et celle de déditice n'étant plus reconnues (27).

Section 86. — Le droit de propriété et d'obligation.

Les principaux changements, apportés par l'empire Chrétien au droit de propriété, furent la simplification des formes de transfert, l'extension du colonat, l'introduction et la réglementation de l'emphytéose, et le remaniement de la législation de la prescription. La simplification des formes de transfert n'était nécessaire qu'au cas de *res mancipi*; car les *res nec mancipi* avaient toujours été transmises par simple délivrance. Le Code Théodosien nous fait apercevoir que les *res mancipi* meubles furent, en pratique, transférées de la même manière de très bonne heure dans cette période : et qu'on substitua graduellement à la mancipation des terres et maisons, — car l'*in jure cessio* avait disparu avec le système formulaire, — une *solemnis traditio*, un écrit dressé, accompagné

(24) *Inst.*, I. 8, 2.
(25) *Inst.*, III. 6, 10.
(26) *Inst.*, I. 5, 1. [Pad. Cogl. p. 654 *sq.*]
(27) *Cod.*, VII. 5, VII. 6 ; *Inst.*, I. 5, 3.

d'une délivrance, les deux formalités accomplies devant témoins (1). Il n'y a pas de trace de cela au Code de Justinien. L'empereur, en effet, abolit tous les vestiges de la distinction entre les *res mancipi* et *nec mancipi*, entre la propriété complète, la propriété bonitaire et le *nudum jus Quiritium;* et plaça les meubles et les immeubles sur un pied d'égalité parfaite, au point de vue de leur transmission directe (2). Mais, au point de vue de la possession requise d'un acquéreur pour remédier à un vice de transfert, il fit une différence marquée entre eux. Et, en effet, amalgamant l'ancienne usucapion positive du *jus civile* avec la « possession prolongée » négative (*longi temporis possessio*), qui avait été introduite dans les provinces, (sans doute par l'édit provincial), il déclara que la possession, en vertu d'un titre suffisant et de la bonne foi, rendrait à l'avenir le possesseur propriétaire légitime de la chose qu'il possédait, pourvu que sa propre possession et celle de son auteur eussent duré sans interruption trois ans, au cas d'un meuble, et, au cas d'un immeuble, dix ans, si la partie contre qui il possédait résidait dans la même province, ou vingt, si elle résidait dans une autre (3).

Les effets de l'extension du colonat ont déjà été mentionnés (§ 75). Les mêmes causes, qui y avaient conduit, amenèrent l'introduction de l'emphytéose (4). C'était une institution, qui avait auparavant existé dans certaines provinces de l'Orient, lors de leur indépendance, et qui vint à

(1) Theod., Arcad., et Honor., au *Cod. Theod.*, II. 29, 2, §§ 1, 2.

(2) *Cod.*, VII 31.

(3) *Inst.*, II. 6, *pr*; *Cod.*, VII. 31.

(4) Sur l'emphytéose, voir Lattes (cité § 75, note 1), ch. I et III; François, *De l'emphytéose*, Paris, 1883.

être utilisée, d'abord par les empereurs, ensuite par l'Eglise, et après, par les municipalités et les particuliers propriétaires fonciers, pour arriver à mettre en culture les larges étendues de terres provinciales, qui leur appartenaient et restaient improductives et sans profit, à cause du défaut de surveillance sur place. Une institution assez semblable avait longtemps existé à la fois en Italie et dans certaines provinces occidentales, sous le nom d'*ager vectigalis*, — un bail héréditaire, fait pour un terme considérable d'années, d'ordinaire par une municipalité, et qui donnait au concessionnaire des droits plus grands que ceux d'un tenancier ordinaire : Justinien l'assimila à l'emphytéose. La nature et les conditions de cette dernière furent soigneusement définies par Zénon et corrigées par Justinien lui-même (5), L'*emphyteuta*, comme on appelait le concessionnaire du droit, ne devenait pas propriétaire ; le concédant restait toujours *dominus;* tout ce que le concessionnaire obtenait était un *jus in re aliena*, mais *de facto* si étendu, qu'il était difficile à distinguer de la propriété. Cela lui conférait à lui et à ses héritiers un droit perpétuel sur les fonds compris dans la concession, en échange d'un paiement annuel déterminé au maître (*canon*) et de l'exacte observation des conditions conventionnelles et légales ; mais il n'était point autorisé à l'abandonner, et ne pouvait pas se dégager des obligations qu'il avait assumées, sans le consentement du maître. Ce dernier avait le droit de prononcer la déchéance de la concession et de la reprendre, si le *canon* arrivait à être en retard de trois ans (de deux, sur les terres d'Eglise), ou si l'impôt foncier était en retard d'un terme semblable, ou si

(5) Zénon, au *Cod.*, IV, 66, 1 ; Just., *cod. tit.*, *ll.* 2, 3 ; *Nov.* VII, *ch.* 3, § 2 ; *Nov.* CXX, *ch.* 6, 8.

l'*emphyteuta* laissait les terres se détériorer, ou essayait de les aliéner (*alienare meliorationes*, dit le texte) sans observer les conditions légales. Ces conditions étaient de signifier son intention d'aliéner et le nom de l'acquéreur qu'il avait en vue au maître, afin que celui-ci, avant de donner son consentement, pût s'assurer qu'il ne perdrait rien à la transaction ; et, dans le cas où l'aliénation était une vente, il devait déclarer le prix fixé, de façon à donner au maître l'occasion d'exercer son droit légal de préemption pour la même somme. Si ces conditions étaient remplies, et que le maître, refusant d'acheter lui-même, n'eût point d'objection raisonnable à faire à l'acquéreur proposé, il n'avait pas qualité pour résister à l'aliénation, moyennant un paiement (*laudemium*) qu'on lui faisait, de deux pour cent du prix de vente, en raison de son consentement forcé.

Les changements du droit d'obligation furent plus superficiels que ceux du droit de propriété ; ils consistèrent principalement dans la simplification et, en certains cas, l'entière suppression des formalités. Toutefois les exposer nécessiterait des détails, qui seraient ici déplacés.

Section 87. — Changements dans le droit de succession.

Les changements opérés dans le droit de succession par les prédécesseurs Chrétiens de Justinien, spécialement par Théodose II et Anastase, étaient loin d'être insignifiants ; mais les siens propres furent, en certains sens, positivement révolutionnaires. Il est probable que le testament *per æs et libram* du *jus civile* (p. 216 *sq*), ne prit jamais solidement pied en Orient ; car ce ne fut que par la constitution de Caracalla, conférant le droit de cité à tous ses sujets libres, que les provinciaux acquirent d'une

façon générale la *testamenti factio* ; et, à cette époque, un testament portant à l'extérieur le nombre de sceaux requis avait été reconnu suffisant pour obtenir la *bonorum possessio*, inattaquable par les héritiers légitimes, même au cas où ils pourraient prouver qu'il n'y avait eu ni *familiæ mancipatio* ni *testamenti nuncupatio* (1). De là, l'adoption universelle de ce que Justinien appelle le testament prétorien (2) ; qui, pourtant, subit des réformes considérables de la main des empereurs, notamment par l'exigence, (pour les cas ordinaires) de la signature du testateur, suivie de celle des témoins. La législation sur la matière fut très hésitante avant que le droit n'eut été définitivement établi tel qu'il existe dans les livres de Justinien (3) ; et même à la fin on le trouve encombré de bien des exceptions et réserves en faveur de testaments qui étaient purement des actes de partage faits par un père entre ses enfants, de testaments faits en temps de peste, de testaments rapportés dans les registres des tribunaux (*testamentum judiciale*), de testaments confiés à la garde de l'empereur (*testamentum principi oblatum*), et ainsi de suite. Les codicilles étaient devenus des actes assez importants pour être considérés, en l'absence de testaments, comme imposant un fidéicommis à l'héritier légitime (4) ; par suite, on jugea à propos de leur refuser tout effet, s'ils n'étaient certifiés par au moins cinq témoins (5).

(1) G., II, 119, 120 ; Ulp., XXIII. 6, XXVIII. 6.

(2) *Inst.*, II. 10, 2.

(3) Les dispositions principales se trouvent au titre du Code *de testamentis* (VI, 23). La signature du testateur fut exigée par une décision de Théodose II, de 439 (*Cod.*, VI. 23, 21). Celles de cinq témoins (aussi bien que leurs sceaux) l'avaient été par Arcad. et Honor. (*Cod. Théod.*, IV. 4, 3, §§ 1, 2) qui déclarèrent suivre une règle de Constantin. Ce fut Théodose qui (en 439) revint à l'ancien nombre de sept.

(4) *Inst.*, II. 23, 10 ; II. 25, 1.

(5) Theod., au *Cod.*, VI. 36, 8, § 3.

Et Justinien fit un pas en avant très important, en reconnaissant la validité du fidéicommis *mortis causa* oral ; il déclara, en effet, que si l'on représentait au juge compétent que le défunt avait, à son lit de mort, chargé verbalement son héritier légitime de donner quelque chose au demandeur, cet héritier serait tenu, ou de nier sous serment l'allégation, ou de donner ou payer ce qui était réclamé (6).

Dans la matière des successions ab intestat, il y eut un long temps d'indécision entre deux opinions, — un désir d'améliorer davantage encore le droit dans la direction prise par les préteurs et par la législation dans les sénatusconsultes Tertullien et Orphitien (pp. 450, 451), et pourtant une hésitation à rompre entièrement avec le principe de l'agnation consacré par le temps (7). Justinien, dans son Code, alla bien plus loin que ses prédécesseurs ; il rendit le droit de succession de la mère absolument indépendant du *jus liberorum* (8) ; étendit celui des filles ou sœurs à leurs descendants, sans aucune déduction en faveur des agnats ainsi exclus (9) ; admit les collatéraux émancipés et leurs descendants aussi librement que s'il n'y avait pas eu de *capitis deminutio* (10) ; appliqua aux agnats la même *successio graduum* que les préteurs avaient reconnue aux cognats (11), et ainsi de suite. Mais ce fut par ses Novelles, et spécialement par les Novelles 118 et 127, qu'il révolutionna le système, en extirpant entièrement l'agnation et en établissant les règles de la transmission, — les mêmes

(6) *Cod.*, VI. 42, 32 ; *Inst.*, II, 23, § 12.
(7) Voir des exemples aux *Inst.*, III. 1, 15 ; III. 3, 5 ; III. 5, 1.
(8) *Cod.*, VIII. 58, 2.
(9) *Cod.*, VI. 55, 12.
(10) *Cod.*, VI. 58, 15, § 1.
(11) *Cod.*, VI 4, *l.* 4, § 20 ; *Inst.*, II. 2, § 7.

pour les droits réels et personnels, — uniquement sur la base de la parenté du sang, par les hommes ou par les femmes, traversée, ou non, par une *capitis deminutio minima* (p. 163 *sq*). En premier lieu, venaient les descendants du défunt intestat, hommes et femmes, sur un pied d'égalité, recueillant *per capita*, s'ils étaient tous du degré le plus proche, *per stirpes*, s'ils étaient de degrés plus éloignés. A défaut de descendants, la succession passait aux ascendants les plus proches, et, concurremment avec eux, aux frères et sœurs germains et (en vertu de la Novelle 127), aux enfants de ceux qui étaient prédécédés. Quand il y avait des ascendants seuls, une moitié de la succession allait à la ligne paternelle et une moitié à la ligne maternelle ; quand il y avait des ascendants et des frères et sœurs, ou seulement des frères et sœurs, le partage était fait également *per capita* ; quand des enfants d'une sœur ou d'un frère prédécédé y prenaient part, il avait lieu *per stirpes*. Dans la troisième classe, rentraient les frères et sœurs d'un seul côté ou par adoption, et leurs enfants ; le partage était fait ici d'après le même principe que dans la seconde classe. La quatrième classe renfermait tous les autres collatéraux, suivant leur proximité et sans distinguer s'ils étaient parents des deux côtés ou d'un seul ; la division première avait lieu *per stirpes*, mais tous les membres de la même branche recueillaient *per capita*.

Une réforme réalisée par Justinien dans sa Novelle 115 doit ne point passer inaperçue ; car elle rendit superflues toutes les anciennes règles sur l'exhérédation et l'omission des enfants d'un testateur (p. 221 *sq*) abolit en pratique la *bonorum possessio contra tabulas* (p. 371) et établit le principe qu'un enfant avait, en règle générale, un droit naturel et inattaquable à être l'un des héritiers de son

père, pour une certaine portion, en tous cas, de l'*hereditas*, et que le père avait le même droit à la succession de son enfant, si ce dernier était mort sans postérité. La loi énumérait certains motifs, en vertu desquels seuls il serait permis à un père de déshériter son enfant, ou un enfant son père : elle déclarait que, dans tous les cas d'exhérédation, la raison en devrait être énoncée dans le testament, et, d'autre part, autorisait la personne déshéritée à contester et à réfuter les faits, quand le testament était ouvert. Si l'enfant, qui n'avait pas été exhérédé, — et celui qui avait été exhérédé à tort était définitivement dans la même situation, — n'était pas institué pour une certaine portion, si petite qu'elle fût, de l'*hereditas* paternelle, il avait le droit de faire prononcer la nullité du testament au regard des institutions qu'il contenait, et d'amener ainsi l'ouverture de la succession à son propre profit, ainsi qu'à celui des autres héritiers légitimes, mais sans toucher aux dispositions secondaires, telles que legs, nominations de tuteurs, etc ; et si la portion pour laquelle il était institué était inférieure à sa légitime (*legitima* ou *debita portio*), il avait droit à une action en supplément. La légitime qui, en vertu de l'usage du tribunal centumviral, avait été de un quart de la portion à laquelle l'enfant aurait eu droit *ab intestato*, fut élevée par Justinien (dans sa Novelle 18) à un tiers au moins, et un demi quand il y aurait cinq enfants ou plus appelés à prendre part. Il ne permit plus d'exclure la réclamation contre le testament, comme cela avait lieu dans l'ancienne *querela inofficiosi testamenti* (p. 318) par le motif que le testateur avait fait des avances à son enfant pendant sa vie, ou lui avait laissé un legs qui égalait en quantité la légitime ; son idée était que l'enfant avait droit d'être reconnu par son père *comme l'un de ses héritiers*, et que lui refuser cette situation

sans cause était lui infliger un affront que la loi ne devait pas tolérer.

Parmi les autres changements avantageux opérés par Justinien ou ses prédécesseurs immédiats, on peut mentionner l'assimilation aussi complète que possible de l'*hereditas* et de la *bonorum possessio*, de sorte que cette dernière pouvait être recueillie, comme la première, sans être obligé d'adresser une demande formelle pour en obtenir la concession (12); l'égalisation des legs et des fidéicommis particuliers (13), et l'application de certaines de leurs règles aux donations *mortis causa* (14); l'extension du principe de « transmission » à tout héritier sans exception, de façon que, s'il venait à mourir dans le délai qui lui était alloué pour examiner s'il voulait accepter ou non (*tempus deliberandi*), son pouvoir d'accepter ou répudier passait à ses propres héritiers, qui devaient l'exercer dans ce qui restait du délai (15); l'introduction d'une acceptation à la suite d'un inventaire (*cum beneficio inventarii*), qui limitait la responsabilité de l'héritier, et rendait inutiles les neuf ou douze mois de délibération (16); et l'application du principe du rapport aux descendants en général, de façon à les obliger à verser dans la masse de la succession, avant le partage, toutes les avances importantes qu'ils avaient reçues de leur père, par anticipation sur leur part héréditaire (17).

(12) Const., au *Cod.*, VI. 9, 9.
(13) Just., au *Cod.*, VI. 43, 2, § 1 ; *Inst.*, II. 20, § 3.
(14) Just., au *Cod.*, VIII. 56, 3 ; *Inst.*, II. 7, § 1.
(15) Just., au *Cod.*, VI. 30, *l.* 19, *l.* 22, § 13.
(16) Just., au *Cod.*, VI. 30, 22.
(17) Léon, au *Cod.*, VI. 20, 17 ; Just., *eod. tit.*, *ll.* 19, 20 ; *Nov.* XVIII, *ch.* 6. [Pad. Cogl., p. 660 *sq.*]

CHAPITRE QUATRE

LES CODES DE JUSTINIEN

SECTION 88. — LEUR EMPLOI DEVANT LES TRIBUNAUX ET DANS LES ÉCOLES (1).

Bien que les Institutes fussent primitivement destinées à servir de manuel dans les écoles, néanmoins il fut expressément déclaré qu'elles seraient regardées, ainsi que le Digeste et le Code, comme tout autant de parties d'un grand monument de législation, ayant toutes une autorité égale ; et que, bien que le Digeste et le Code ne fussent que des recueils de législation et de doctrine sortis à l'origine de bien des mains différentes, ils devraient néanmoins être traités avec le même respect que s'ils avaient été l'œuvre de Justinien lui-même. Et si, d'une part, tout ce qui s'y trouvait devait être regardé comme loi, on ne devait aussi plus prêter aucune attention à rien de ce qui était en dehors, pas même aux livres desquels ils avaient été extraits ; et cela alla si loin qu'après la publication du Code révisé, on ne permit de se référer ni à la première édition, ni aux Cinquante Décisions. S'il s'élevait un cas, pour lequel on ne trouvait aucun précédent, on devait avoir recours à l'empereur, pour le

(1) Voir Heimbach, *Prolegomena Basilicorum* (Leipzig, 1870) livre I, ch. I, §§ 1-6, ch. II, §§ 1, 2.

trancher, comme se trouvant en dehors de ses recueils, seules sources de droit. Pour maintenir la pureté des textes, — et pour cela Justinien aurait bien fait de suivre l'exemple d'Alaric, qui avait fait préparer à la chancellerie des copies certifiées de son Bréviaire, et les fit ensuite distribuer dans le pays, — il défendit l'usage des abréviations conventionnelles (*sigla*) pour les transcriptions, frappant les contrevenants des peines du faux (*crimen falsi*). Les traductions littérales en Grec furent autorisées, et en vérité elles étaient nécessaires pour beaucoup de ses sujets ; il en fut de même des παράτιτλα ou résumés des matières des titres particuliers (quoique les jurisconsultes interprètent le mot d'une façon moins stricte). Les commentaires et les sommaires généraux furent prohibés sous de fortes pénalités, comme constituant un empiètement sur la prérogative impériale d'interprétation ; mais la prohibition ne paraît pas avoir été mise à exécution, puisque nous avons des relations et des vestiges, non seulement de traductions, mais de commentaires, de notes, d'abrégés, d'extraits et de sommaires généraux, du vivant même de Justinien. Dorothée, Anatole et Thaleleus étaient les trois au nombre de ceux à qui ses recueils furent spécialement adressés, et deux d'entre eux furent employés à leur préparation ; et pourtant le premier fut l'auteur d'une traduction du Digeste avec notes ; le second fit un abrégé du Code ; et le troisième le traduisit en l'annotant. On a aussi identifié Julien, qui fit en 556, sans doute à la demande de Justinien lui-même, un abrégé latin des Novelles, avec un certain *Anonymus* souvent mentionné dans les scholies des Basiliques comme l'auteur d'une traduction annotée du Digeste. Ils étaient tous, il est vrai des professeurs (*antecessores*), et il se peut que leurs

ouvrages aient été destinés primitivement à un but d'éducation ; mais il n'est guère douteux qu'ils passèrent rapidement entre les mains des praticiens et qu'on s'en servit sans scrupule devant les tribunaux.

Dans les premiers temps de l'empire l'enseignement (2) du droit était libre ; et ce peut avoir été pour la première fois sous le règne de Dioclétien qu'une reconnaissance officielle fut accordée aux écoles de Rome et de Beyrout, et ce ne fut que bien plus tard qu'elle fut étendue aux écoles de Constantinople, Alexandrie et Césarée. Celle de Rome paraît avoir continué à subsister, après que l'Italie fut tombée aux mains des Ostrogoths ; mais Justinien supprima celles d'Alexandrie et de Césarée, et prohiba l'enseignement public du droit partout ailleurs que dans les trois autres écoles, sous peine d'amendes considérables. Le cours des études, avant les réformes de Justinien, comprenait cinq années, dont les deux dernières étaient consacrées à des lectures privées. Les étudiants de première année, — on les appelait *dupondii*, — avaient à parcourir les Institutes de Gaius et quatre livres particuliers de cet auteur (*libri singulares*) sur les dots, les tutelles, les testaments et les legs. Ceux de deuxième (*edictales*) et de troisième (*Papinianistæ*) étaient exercés à l'étude de l'Edit ou probablement du commentaire d'Ulpien sur l'Edit, et les derniers (en outre) à celle de huit des dix neuf livres de Réponses de Papinien. Dans la quatrième année, les étudiants (alors appelés λύται) lisaient les réponses de Paul, et, dans la cinquième, (προλύται), les constitutions impériales. Justinien imposa encore un parcours de cinq

(2) Voir Heimbach (*l. c.*, note précédente) ; Amos, *History and Principles of the Civil Law* (Londres, 1883), p. 102 *sq.*; Karlowa, *Röm. RG.*, p. 1022 *sq.* [Georges Flach, *De l'enseignement du droit chez les Romains*, Nancy, 1873].

années, mais prescrivit de tirer l'enseignement entier de ses propres recueils. Les étudiants de première année, — qu'il releva de leur ancien sobriquet et honora du titre de *novi Justinianei* (novices de Justinien), — devaient apprendre les Institutes et la première partie (livre 1-4) du Digeste; ceux de deuxième année, soit la deuxième partie du Digeste (livres 5-11), soit la troisième (livres 12-19), et, en même temps, quatre des quatorze derniers livres des parties IV et V, dont un devait porter sur la législation de la dot, un sur la tutelle, un sur les testaments, et un sur les legs; ceux de troisième année voyaient celle des deux parties II et III du Digeste, dont on ne s'était pas occupé en seconde année, en même temps que les trois premiers livres de la quatrième partie; ceux de quatrième année devaient lire en particulier les dix livres restants des IVe et Ve parties; et ceux de cinquième année devaient lire le Code de constitutions impériales, laissant les parties VI et VII (livres 37-50) du Digeste à lire, après l'achèvement du cercle d'études, lorsque l'occasion s'en présenterait. Comme on l'a déjà observé, il n'est pas improbable que cette instruction prescrite ait été transmise à l'aide de traductions et de sommaires annotés des livres de Justinien. On suppose communément qu'une paraphrase Grecque des Institutes, d'ordinaire attribuée à Théophile, professeur à Constantinople et l'un des commissaires de Justinien, lui servait comme texte de lectures préalables. Elle comprend bien plus de matériaux historiques qu'on n'en trouve dans les Institutes; mais sa valeur a été très diversement appréciée par différents critiques. Son dernier éditeur, Ferrini (3), qui l'a en haute estime, est d'avis que

(3) *Institutionum græca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa. Ad fid. libror. manuscriptor. recensuit* E. C. Ferrini. 2 vols., Berlin, 1884, 1885 (le second n'est pas encore achevé). [Ferrini, « Origini della parafrasi », *Arch. Giur.*, XXXVII, p. 353].

l'original était une paraphrase de Gaius qui fut remaniée suivant le plan de Justinien, dont on y incorpora les matériaux nouveaux, de manière à l'adapter à l'état nouveau de la législation ; mais il doute qu'il y ait des raisons suffisantes de l'attribuer à Théophile. S'il est dans le vrai en supposant qu'elle avait été en réalité l'œuvre de Gaius, les explications historiques qu'elle renferme en seront reçues avec d'autant plus de confiance.

Section 89. — Sort des Codes de Justinien en Orient (1).

Le travail littéraire indiqué dans la première partie de la section précédente se continua, à travers le sixième siècle, par divers auteurs, dont Heimbach donne quelque idée dans ses Prolégomènes. Mais les trois siècles suivants furent relativement stériles ; la seule œuvre qui mérite d'être signalée est l'Ἐκλογὴ τῶν νόμων ἐν συντόμῳ γενομένη de Léon l'Isaurien, en 740, de son propre aveu un abrégé de tout le droit de Justinien, avec corrections et arrangement nouveau ; mais elle fut abrogée par Basile le Macédonien, à cause de ses imperfections et de ses audacieux écarts de la législation qu'elle prétendait résumer. Ce dernier empereur et son fils Léon le Philosophe entreprirent, à la fin du neuvième siècle et au commencement du dixième, de donner une traduction grecque officielle de

(1) Zachariæ, *Historiae juris Græco-Romani delineatio*, Heidelberg, 1839 ; Montrueil, *Histoire du droit Byzantin*, 3 vols., Paris 1843-46 ; Prolégomènes à l'édition des Basiliques de Heimbach, (6ᵉ vol. des *Basilicorum libri LX.... Restituit* C. G. E. Heimbach, 6 vols., Leipzig, 1833-70, avec un supplément aux livres 15-19, par Zachariæ, en 1846) ; Zachariæ von Lingenthal, *Jus Græco-Romanum* (collection de traités Byzantins secondaires) 7 vols., Leipzig, 1856-84 ; Zachariæ v. Ling., *Gesch. d. Griech. Röm. Rechts* (doctrine), 2ᵉ éd., Berlin, 1877 ; Rivier, *Introd. hist. au droit romain* (2ᵉ éd., Bruxelles. 1881, p. 545 *sq.* ; Amos (*op. cit.*, § 88, note 2), p. 392 *sq.*

l'ensemble des recueils et de la législation de Justinien, en laissant de côté ce qui était tombé en désuétude, en retranchant les redondances, et en introduisant ce qui, dans la législation postérieure à Justinien, méritait d'être conservé. Le résultat en fut les Basiliques (τά Βασιλικά, *i. e.*, νόμιμα), qui furent complétées sous le règne de Léon, quoique probablement publiées sous une forme préparatoire pendant le règne de Basile (lequel publia aussi une sorte d'ouvrage élémentaire, le Πρόχειρον, révisé et publié à nouveau par Léon, sous le nom de Επαναγωγὴ τοῦ νόμου). Les Basiliques sont divisées en soixante livres, subdivisés en titres, qui suivent généralement le plan du Code de Justinien, mais en empruntant au Digeste, au Code ou aux Novelles toute la législation relative à un point particulier, de façon à l'exposer toute d'une manière consécutive. Le fils de Léon, Constantin Porphyrogénete, y fit une addition sous forme d'un commentaire officiel tiré des ouvrages des jurisconsultes du sixième siècle, — ce qui fut appelé Παράγραφαι τῶν παλαιῶν, que l'on désigne aujourd'hui sous le nom de *Scholia* des Basiliques, et qui ont rendu de bons services exégétiques aux romanistes modernes. Les Basiliques conservèrent leur autorité législative jusqu'à la chute de l'empire Byzantin, en 1453. Mais elles avaient été longtemps auparavant abandonnées dans la pratique, et il n'en existe pas un seul exemplaire complet. Leur place fut prise par des épitomés et des résumés dont plusieurs sont imprimés dans la collection de Zachariæ : le dernier est l'Εξάβιβλος de Const. Harménopule en 1345 (2), « un misérable épitomé des épitomés des épitomés » comme

(2) *Harmenopuli manuale legum seu Hexabiblos. Recensuit* G. E. Heimbach, Leipzig, 1851.

l'appelle Bruns, et qui survécut aux vicissitudes des siècles, et finalement reçut autorité législative dans le nouveau royaume de Grèce, en 1835, au lieu des Basiliques, qui avaient été sanctionnées en 1822.

Section 90. — Leur sort en Occident.

Avant l'avènement de l'école de Bologne, c'était des Codes Romano-Barbares (§ 79) infiniment plus que des livres de Justinien que l'Europe Centrale et Occidentale tirait sa connaissance du droit Romain. Il se peut que l'Edit de Théodoric ait eu peu d'influence après que Justinien eût recouvré l'Italie, et la loi Romano-Burgonde fut sans aucun doute graduellement battue en brèche par le Bréviaire (*Lex Rom. Visigothorum*), après que la Bourgogne fût tombée aux mains des Francs; mais le Bréviaire lui-même fit son chemin dans toutes les directions, en France et en Allemagne, pénétra même en Angleterre, dans une large mesure par l'intermédiaire de l'Eglise. Il doit cependant y avoir eu d'autres répertoires de droit Romain en circulation, comme le montre un testament fait à Paris, à la fin du septième siècle, conservé par Mabillon, et dans lequel le testateur emploie l'ancienne formule du *jus civile*, — « ita do, ita lego, ita testor, ita vos Quirites testimonium mihi perhibetote » — expressions qu'on ne peut trouver ni dans le recueil Visigoth, ni dans ceux de Justinien.

Dans sa pragmatique sanction de l'année 554, Justinien accorda de nouveau sa sanction aux *jura* et *leges*, *i. e.*, au Digeste et au Code, qu'il dit avoir transmis longtemps auparavant à l'Italie; il déclare en même temps que ses Novelles devront y avoir la même autorité qu'en Orient. Deux ans après, parut l'épitomé Latin des Novelles

composé par Julien, préparé peut-être par ordre de l'empereur lui-même. Il est hors de doute qu'ils furent mis en usage tous à la fois dans une certaine mesure : car la collection de Marini nous a conservé le testament d'un nommé Mannanes, exécuté à Ravenne sous le règne du successeur immédiat de Justinien, Justin II, dans lequel les exigences et du Code et des Novelles sont scrupuleusement observées. Plusieurs des autres monuments de la même période, qui démontrent l'autorité du droit de Justinien en Italie, sont mentionnés par Savigny dans le deuxième volume de son Histoire du droit Romain au Moyen-Age : parmi eux on peut noter la Glose de Turin (Glosa Taurinensis), des Institutes, que Fitting attribue environ à l'année 545, et deux petits fragments connus sous le nom de *Dictatum de consiliariis* et *Collectio de tutoribus*, qui forment un appendice à certains manuscrits de l'Épitomé des Novelles par Julien, et dont il se peut qu'il ait été l'auteur. L'invasion des Lombards, l'agitation qu'ils causèrent en Italie pendant 200 ans, et la barrière qu'ils formèrent entre elle et le reste de l'Europe, furent des obstacles à la propagation du droit de Justinien vers le Nord ; mais il fut enseigné sans beaucoup d'interruption à Ravenne, le siège des exarques, où l'on dit, — mais cela est douteux, — que l'école (*studium*) de Rome, rétablie par Justinien, fut transportée. Les Lombards, une fois leur sauvagerie calmée, reconnurent la législation Romaine dans cette mesure, — qu'ils permirent de l'appliquer aux Romains, dans l'intérieur de leur territoire ; et l'on dit qu'elle fut même enseignée à Pavie, où ils avaient établi leur capitale. Leur renversement par Charlemagne lui ouvrit un débouché en dehors de l'Italie ; et, au neuvième siècle, on a la preuve que les codes de

Justinien, ou quelques-uns d'entre eux circulaient déjà dans le clergé, en différentes parties de l'Europe. Il n'y a cependant qu'un très petit nombre de vestiges d'ouvrages indiquant une grande connaissance de ces livres. Parmi les seuls fragments, qui vaillent la peine d'être mentionnés, se trouvent un abrégé des huit premiers livres du Code, appelé *Summa Perusina*, et attribué au neuvième siècle; les *Quæstiones ac Monita* sur les lois Lombardes, tirés, pour la plus grande partie, des Institutes, mais avec un petit nombre de textes du Digeste, du Code et de l'Epitome de Julien, et qu'on suppose avoir été écrit au début du onzième siècle : le *Brachylogus*, un abrégé revisé des Institutes de Justinien, avec des références à ses autres livres, que l'on pense avoir été écrit en France (à Orléans ?), d'après Fitting, entre 999 et 1002, et, d'après d'autres auteurs, plus près de la fin du onzième siècle ; et les *Petri exceptiones legum romanarum*, exposé systématique du droit, en quatre livres, écrit dans le Sud de la France, au commencement de la deuxième moitié du onzième siècle, et extrait, pour la plus grande partie, des sources de droit de Justinien.

Ce fut tout à la fin du onzième siècle ou au commencement du douzième qu'à Bologne, et sous l'impulsion d'un certain Irnerius, qui paraît n'avoir point été un jurisconsulte de profession, mais, à l'origine, un professeur de lettres, que l'étude du droit romain commença quelque peu soudainement à attirer les étudiants de toutes les parties de l'Europe méridionale. Les seules parties de la législation qui, jusque là, eussent fait de grands progrès, — et cela, surtout par l'influence du clergé, — étaient les Institutes, le Code et les Novelles. Les premières s'étaient très naturellement recommandées par leur caractère élémentaire ; le Code, avec son titre d'ouverture sur la Tri-

nité, son deuxième sur la Sainte Église, et les Novelles, avec leur abondante législation sur des matières ecclésiastiques, étaient, à bien des égards, des chartes des privilèges de l'Église, prisées en conséquence ; mais le Digeste, œuvre de jurisconsultes païens, était resté ignoré de la pratique. Toutefois, le Code et les Novelles, qui renfermaient si peu de grain sous une telle quantité de paille, n'offraient que peu d'attraits aux intelligences juridiques ; et lorsqu'un exemplaire d'une portion du Digeste, avec son langage infiniment plus pur, et sa façon claire et incisive de raisonner, tomba aux mains d'Irnerius, ce dût être pour lui comme une révélation nouvelle. Le texte paraît lui être parvenu par parties ; au moins est-ce là l'explication raisonnable de sa division par les Glossateurs — comme on appela Irnerius et ses successeurs de l'école de Bologne, à cause des *glossæ*, notes marginales et interlinéaires dont ils le garnirent, — en trois parties, *Digestum Vetus* (livres 1 — 24, tit. 2) *Infortiatum* et *Digestum Novum* (livres 39 à la fin). L'idée générale est qu'après la découverte d'abord du Digeste ancien, puis du Digeste nouveau, le lien, qui les unissait, se présenta d'une manière inattendue, et reçut en conséquence le nom quelque peu singulier sous lequel il continua à être connu pendant des siècles. La collection entière fut distribuée par les Glossateurs en cinq volumes ; le quatrième contenait les neuf premiers livres du Code, et le cinquième, appelé *volumen parvum legum*, contenait les Institutes, une traduction Latine de 134 Novelles, connue sous le nom d'*Authenticum*, et les trois derniers livres du Code (qui avaient été retrouvés après les autres). Ces cinq volumes, l'enseignement qui les accompagna et les *glossæ*, *summæ*, *casus*, *brocardica*, etc., dont ils furent enrichis, depuis le commencement de l'école avec Irnerius, jusqu'à sa

fin, avec François Accurse, en 1260, ouvrirent au droit Romain une carrière nouvelle, dont je ne pourrais essayer de tracer l'ébauche la plus pauvre, sans être entraîné à dépasser le plan de ce petit livre(1).

Section 91. — Les principaux Manuscrits, Textes et Éditions des Codes de Justinien

On ne connaît l'existence que d'un très petit nombre de MSS. de tout le *Corpus Juris Civilis*, comme le corps complet de la législation de Justinien fut, pour la première fois, appelé par Denis Godefroi (Gothofredus), en 1583. Il y en a un à Copenhague ; mais il n'a point une grande antiquité, ni de valeur critique. On dit qu'il en existe (ou existait) un second à la bibliothèque Dominicaine de Würzbourg, à elle donné par l'Empereur Frédéric Barberousse, et un troisième, dans la bibliothèque d'un couvent à Prague ; mais la mention faite dans le *Catalogus MSS. Angliæ et Hiberniæ* de l'existence d'un quatrième MS. dans la bibliothèque cathédrale à Salisbury, repose sur une méprise. Si, au contraire, on considère les éditions

(1) La grande autorité sur la matière traitée dans cette section est toujours Savigny, *Gesch. d. Röm. Rechts im Mittelalter*, 7 vols., 2ᵉ éd., Heidelberg, 1834-51 ; mais elle a reçu en outre des éclaircissements nombreux de Merkel, Stintzing, Blume, Fitting, Bruns, Mommsen, Krüger, Ficker, Rivier, Conrat (Cohn) et d'autres, dont les ouvrages, la plupart insérés dans des périodiques, sont trop nombreux pour être mentionnés. Sur les traces anciennes de droit romain en Grande-Bretagne, voir Amos (*op. cit.*, § 88, note 2), p. 443 *sq* ; Caillemer, *Le droit civil dans les provinces Anglo-Normandes*, Caen, 1883 ; Scrutton, *The influence of the Roman Law on the Law of England*, Cambridge, 1885. Un traité de Léonard, *Beitrage zur Geschichte des Romischen Rechts in England*, (Heidelb. 1868), est de peu de valeur : c'est, pour la plus grande partie, une compilation tirée de Selden, *Ad Fletam dissertatio*, Savigny, *Geschichte*, et Wenck, *Magister Vacarius, primus juris Romani in Anglia professor*, Leipzig, 1820.

imprimées, on peut dire avec certitude qu'il n'y a qu'un livre dont il y en ait une plus grande multitude, — la Sainte Bible.

Les manuscrits des Institutes sont nombreux ; les plus anciens sont de simples fragments: il n'y en a qu'un du neuvième siècle (ou plus probablement du dixième) qui soit complet — le *Codex Bambergensis* ; la grande majorité est du quatorzième siècle et quelques-uns encore postérieurs. La plus ancienne édition fut celle de Peter Schœffer (Mayence 1468), avec la glose d'Accurse ; la première non glosée fut publiée à Paris, en 1511 ; et celle qui a aujourd'hui le plus d'autorité, résultat de la collation des meilleurs manuscrits, est celle de Krüger, publiée pour la première fois en 1867. Les textes de Schrader (1832) et Huschke (1868) prennent rang immédiatement après en importance.

Il n'y a qu'un manuscrit complet du Digeste de date antérieure à l'avènement de l'école de Bologne, — le fameux *Codex Florentinus*, autrefois à Pise, aujourd'hui l'un des trésors les plus précieux de la bibliothèque Saint-Laurent (bibliotheca Laurenziana) à Florence. Brencmann donne de ce MS. une description minutieuse dans son *Historia Pandectarum* (Utrecht, 1722), et Mommsen en a donné une, qui a une valeur critique plus grande, dans la préface de son premier volume de sa grande édition du Digeste (Berlin 1866). C'est un très bel exemplaire, qui date du sixième ou septième siècle, écrit, sinon à Constantinople, en tous cas en Grèce, avec bon nombre de corrections d'auteurs postérieurs. Il est dégagé d'abréviations, — les *sigla*, que Justinien avait interdits ; et ne renferme ni numérotage des fragments consécutifs, ni espace entre les mots, ni ponctuation, sauf à la fin des phrases. Les inscriptions sont conservées et les passages

grecs écrits avec encore plus de soin que le texte général. Les manuscrits de Pommersfeld et de Naples sont aussi d'une grande antiquité, et ne sont peut-être guère moins anciens que les Florentines; mais ce sont de simples fragments, — le premier, un papyrus contenant une partie du premier titre du livre 45, et le deuxième, un palimpseste contenant une partie du livre 10. Un manuscrit de la Bibliothèque de Berlin, qui date du neuvième siècle, contient une partie du livre 9. Aucun des autres manuscrits connus ne remonte au delà du commencement de l'école des glossateurs. Sauf un très petit nombre d'exceptions, ils ne contiennent pas le Digeste entier, mais seulement l'une de ses divisions Bolonaises, — soit le *Dig. Vetus*, l'*Infortiatum* ou le *Dig. Novum*; il n'y en pas plus de six ou huit, dont l'ancienneté remonte au onzième ou douzième siècle; tandis qu'on en connaît environ 500 de date postérieure. Ces derniers, pour la plupart, contiennent la glose d'Accurse; ils présentent ce caractère de ne point donner en entier les inscriptions, — *i. e.*, les indications des livres des jurisconsultes anciens dont les passages avaient été extraits, et quelquefois de les omettre entièrement; et aussi d'omettre les expressions et phrases grecques, ou de leur substituer une traduction Latine ayant cours. Parmi tous les textes, les Romanistes en distinguent trois, — le Pisan, la Vulgate et la Norique. Le premier est celui du manuscrit de Florence. La Vulgate est le texte qui fut adopté par les glossateurs, et qu'on retrouve, avec plus ou moins de variation, dans tous les manuscrits, à partir du treizième siècle. Mommsen est d'avis que, tout en prenant pour base du texte de Bologne (le Pisan ou) les Florentines, les glossateurs devaient avoir été en possession d'un autre manuscrit d'une antiquité peut être égale, mais peut être incomplet, à l'aide duquel ils corrigèrent le premier ma-

nuscrit très avantageusement. La *lectio Norica* ou *Haloandrina* est un texte mélangé, dû à Gregorius Haloander (Metzler), résultat d'une comparaison des Florentines avec quelques-uns des plus anciens. MSS. de la Vulgate, accompagné de conjectures arbitraires largement employées, et qu'il publia à Nuremberg, en 1529. L'*editio princeps*, ce qui est assez curieux, fut de l'*Infortiatum*, à Rome, en 1475 ; les *Dig. Vetus* et *Novum* suivirent, l'année d'après, respectivement à Pérouse et à Rome. Les trois étaient des reproductions du texte de Bologne, avec la glose d'Accurse. L'édition de Haloander, en 1529, qui comprenait le Digeste entier était non glosée. Il en fut de même de la magnifique reproduction des Pandectes Florentines par les Torelli, en 1553, faite sous le patronage de plusieurs têtes couronnées, parmi lesquelles le Roi Edouard VI. A partir de cette époque, et jusqu'au milieu du présent siècle, on publia un grand nombre d'éditions non glosées, — les dernières éditions glosées datent de 1627 ; — elles étaient une combinaison des trois textes, avec prédominance des Florentines ; mais les lectures conjecturales se multipliaient à mesure. L'incertitude qui en résultait, engagea Mommsen à entreprendre la préparation de l'édition (2 volumes, Berlin 1866-70), dont l'autorité est maintenant acceptée partout. C'est en substance la leçon Florentine, d'après une collation nouvelle effectuée dans ce but, et modifiée seulement par les trois fragments ci-dessus mentionnés, et un petit nombre des très anciens manuscrits de Bologne, et, quand cela est nécessaire, à l'aide des Basiliques et de leurs scholies ; les corrections conjecturales ne sont admises que très sobrement, et d'ordinaire rejetées en note.

Il existe du Code trois manuscrits incomplets antérieurs aux glossateurs. Irnerius paraît n'avoir eu à l'origine que

les neuf premiers livres, car les trois derniers (*tres libri*) formèrent une partie du *Volumen*, suivant l'arrangement de Bologne. Ils se trouvent tous en assez mauvais état ; car à une époque relativement ancienne, on en vint à omettre les inscriptions et suscriptions et toutes les constitutions Grecques. Les Glossateurs introduisirent dans le Code, tel qu'ils le possédaient, ce qu'ils appelaient *Authenticæ*, — notes des changements apportés à la législation par les Novelles de Justinien ; également quelques constitutions des empereurs Frédéric I et II, qui sont tout à fait déplacées. L'édition, ayant autorité, préparée à l'aide des meilleurs manuscrits, et comprenant la restitution de tout ce que les glossateurs avaient retranché, est celle de Krüger (Berlin, 1877).

Les Novelles, comme on l'a déjà observé, ne furent jamais officiellement recueillies. Pendant plusieurs siècles, elles ne furent connues en Italie que par l'Epitomé Latin de Julien, qui en contenait 125. Une autre version Latine, que l'on pense avoir été aussi de l'époque de Justinien, fut acceptée par les glossateurs *(versio vulgata)* et reçut le nom de *Authenticum*, — « ce qui est sanctionné comme loi » (1). Ils le divisèrent en douze *Collationes* : ils rangèrent, dans neuf d'entre elles, les lois qu'ils glosèrent comme ayant une valeur pratique *(authenticæ ordinariæ)* et placèrent le reste (les *authenticæ extraordinariæ* ou *extravagantes*) dans les trois autres, sans les accompagner de gloses. Au seizième siècle, on découvrit deux manuscrits Grecs, qui forment la base de la collection aujourd'hui adoptée, l'un à Florence, publié par Haloander, en 1531,

(1) *Authenticum Novellarum Constitutionum Justiniani versio vulgata quam recensuit.* G. E. Heimbach, 2 vols., Leipzig, 1851. On y trouve des *prolegomena* soigneusement élaborés et tout l'appareil critique.

l'autre à Venise, publié en 1558 par Henry Scrimgeour, le premier Écossais qui ait atteint un renom Européen comme Romaniste. La dernière édition est de Zachariæ von Lingenthal (2 vol., Leipzig, 1882.) Une autre édition, par Rudolf Schoell, est en cours de publication ; elle est destinée à prendre rang à côté du Digeste de Mommsen, et des Institutes et du Code de Krüger, de manière à compléter une reproduction fidèle de l'ensemble du *Corpus Juris Civilis*.

APPENDICE

NOTE A. (Voir § 9, *in fine*.)

Les renseignements que nous donnent les auteurs littéraires sur le rôle des *cognati* et *adfines* ne doivent être reçus que sous réserves. Par exemple, dans leurs récits de la *caristia* ou *cara cognatio*, fête annuelle, qui suivait immédiatement les *dies parentales* et les *feralia*, et où les membres de la famille se réunissaient pour renouer les liens de bienveillance et d'affection, dans un repas fait en commun, en présence des *lares* domestiques, Ovide (*Fast.*, II, 617 *sq.*) et Valère Maxime (II, 1, § 8) en parlent comme d'une réunion générale des *cognati* et *adfines*, à l'exclusion des tiers. Mais, comme la fête était célébrée partout le même jour, et se prolongeait jusqu'à la nuit, et que les hommes comme les femmes pouvaient appartenir par le sang ou le mariage à une demi douzaine de familles ou plus, il est évident que la cognation ou l'affinité donnant droit à y participer devait s'arrêter bien avant ce sixième degré où elle s'étendait d'ordinaire. Ce n'est qu'en admettant que l'assemblée se composait exclusivement de la femme, des fils, des filles non mariées, ainsi que des femmes et enfants des fils, réunis tous autour de la table du chef de la maison, que le récit devient compréhensible. Les fils et leurs enfants, ainsi que les filles non mariées, étaient incontestablement des cognats: la femme, les belles filles, des *adfines*, dans le sens large

du mot ; mais combien faible est la proportion probable des personnes, qui avaient droit à ces désignations. Il se peut que, dans d'autres cas où on mentionne les *cognati* et les *adfines*, une limitation semblable doive être faite.

NOTE B. (Voir § 14, note 1).

Gaius (I. 113) décrit la *coemptio* comme une vente imaginaire *per aes et libram* en présence d'un *libripens* et de cinq citoyens témoins ; malheureusement les derniers mots du MS. — « a (= asse) emit eum mulierem, cujus in manum convenit » — n'indiquent pas d'une façon certaine laquelle des parties était le vendeur nominal, laquelle l'acheteur nominal. Le droit comparé montre tant d'exemples de l'enlèvement des épouses, se transformant en achat des épouses, que bien des jurisconsultes se hâtent de conclure que l'histoire de l'enlèvement des Sabines, la *hasta cœlibaris*, la prétendue séparation, par la force, de l'épouse arrachée à sa mère, etc., visent le temps où la capture était en vogue, que, comme Gaius définit la *coemptio* une vente imaginaire, il doit y avoir eu une phase intermédiaire, pendant laquelle il y avait un achat réel de l'épouse à son père ou tuteur, et que la *coemptio* en était le vestige modifié : qu'en conséquence, dans la *coemptio*, l'époux était l'acheteur, le *paterfamilias* ou tuteur de l'épouse, le vendeur, et l'épouse elle-même l'objet de la vente. Il est plus que probable qu'il a pu y avoir une phase intermédiaire de cette sorte ; mais la *coemptio* des textes ne la reproduit pas. [Comp. ma note c.]

Il faut noter les points suivants : 1) *Emere*, dans l'ancienne langue Latine, ne signifiait pas nécessairement acheter pour un prix réel en argent, mais simplement prendre,

recevoir, acquérir ; voir Festus. v. *Redemptores* (Bruns, p. 286), Paul Diac. vv. *Abemito* et *Emere* (Bruns, p. 262, 267) : 2) bien que la *coemptio* fût une mancipation, la mancipation pourtant était usitée pour bien d'autres objets, outre la vente véritable et le transfert d'une *res mancipi*, *e. g.*, l'exécution d'un testament et l'accomplissement d'une donation, de l'adoption, de l'émancipation : le fait de toucher la balance avec un morceau d'airain (et plus tard une pièce de monnaie) en présence de témoins, n'était autre chose que la solennité employée pour marquer l'achèvement parfait de l'acte, dont la nature et le but étaient définis dans les paroles prononcées en même temps ; 3) que Cicéron et Gaius ne se servent jamais du mots *coemere*, mais toujours de *coemptionem facere*, expression qu'ils appliquent exclusivement à la femme, appliquant au mari *cœmptionari* et *cœmptionator ;* 4) que Servius, parlant de la *coemptio*, dit (*in Aen.*, IV, 103, Bruns, p. 322), « Mulier atque vir in se quasi coemptionem faciunt », et (*in Georg.*, I, 31 Bruns, 324) ; Se maritus et uxor invicem coemebant », etc. ; » 5) que Boëce (*in. Cic. Top.*, II, 3, § 14, Bruns, p. 320), invoquant l'autorité d'Ulpien, dit, « Sese in coemendo invicem interrogabant », etc. ; 6) qu'Isidore (*Orig.* V, 24, § 26, Bruns, p. 327), dit, « Se maritus et uxor invicem emebant, ne videretur uxor ancilla : » 7) que Nonius Marcellus, v. *Nubentes* (Bruns, p. 312) dit que, dans les temps anciens, la femme, qui se mariait, emportait trois pièces d'argent, l'une pour son mari *tanquam emendi causa*, et les autres pour les lares domestiques et *compitales* de ce dernier.

En présence de toutes ces autorités, il paraît impossible d'accepter ni l'opinion dominante, d'après laquelle l'époux seul était acheteur, ni celle de Hœlder (*Die Rœmische Ehe*,

Zurich, 1874, p. 20 *sq.*), d'après laquelle cette situation était prise seulement par l'épouse, l'époux étant l'objet de l'achat. L'achat réciproque, ou plutôt, comme le présente Boèce, l'acquisition respective de l'un par l'autre, en qualité de *paterfamilias* et *materfamilias*, et cela sous couleur d'achat, telle paraît avoir été la nature véritable de la transaction. L'objection soulevée d'ordinaire contre cette opinion — à savoir qu'un homme ne pouvait pas se vendre *lui-même*, — est de très peu de poids. Pourquoi ne le pouvait-il pas, aussi bien que l'épouse ? On allègue qu'elle même ne le faisait point : que, *filiafamilias*, elle était vendue par son père, et, *sui juris*, par ses tuteurs. Mais la dernière partie de l'explication est incompatible avec ce qui est constaté à la fois par Gaius (I. 190) et Ulpien (XI. 25), que les tuteurs n'agissaient jamais *à la place* des femmes pubères, leurs pupilles, mais se bornaient à sanctionner les actes faits par elles, — règle à laquelle la *coemptio* ne fait pas exception (G., I. 115, 195) ; et même la première partie de l'explication est contredite par la déclaration de Paul, dans un passage conservé dans la *Collatio* (IV, 2, 2), — que lorsqu'une *filiafamilias* passait *in manum mariti*, l'acte émanait d'elle-même, et que son père n'intervenait que comme *auctor*. D'ailleurs, dire qu'on ne pouvait employer la forme de se vendre soi-même *per aes et libram*, est une proposition, qui ne s'appuie sur aucune autorité ; ce qui s'y trouve de vrai, c'est qu'on ne pouvait se vendre soi-même de manière à tomber en esclavage ou *quasi* esclavage ; et Gaius dit expressément (I. 123) que les paroles usitées dans la *coemptio* n'impliquaient aucun de ces résultats.

Pour ces raisons, je suis disposé à penser qu'il y a une omission dans le texte du MS., de Gaius, et qu'il devrait être lu à peu près de cette façon, — « asse (emit vir mulie-

rem, quam in manum recipit (voir G., II, 98), et invicem) emit eum mulier, cujus in manum convenit. » L'opinion de Huschke est semblable ; dans sa dernière (4e) 5e édition de Gaius, il a « asse emit eum (mulier et is) mulierem, cujus in manum convenit ». L'objection à faire à cette leçon est que, le mot *vir* ne se trouvant pas dans la première partie de la phrase, *eum* et *is* n'ont point d'antécédent.

NOTE C (Voir § 31, note 3)

Une grande confusion sur le sens du mot *nexum* a été causée par quelques définitions qu'en donnent des auteurs des derniers temps de la république, et qui sont conservées par Varron, *De L. L.*, VII. 105 (Bruns, p. 308) et Festus, v. *Nexum* (Bruns, p. 274). En les lisant, il faut ne pas perdre de vue que Mamilius (cité par Varron) et Ælius Gallus (cité par Festus) ne parlent point d'une *personne* se rendant *nexa* par l'airain et la balance, — car cette pratique avait été abolie par la loi Poetilia, de 428 U. C (*supra*, p. 208), — mais d'une chose engagée *(obligata)* de cette façon. La locution *res nexa*, s'appliquant à une chose donnée en garantie ou en hypothèque à un créancier, se rencontre tout à fait communément dans le droit classique ; voir Ulp., au *Dig.*, XLIII, 4, fr. 1. § 4 Antonin (Caracalla), au *Cod.*, VIII. 19. 2. Alex. Sevère, au *Cod.*, VIII. 27.2. Quand une chose avait été donnée en garantie *per aes et libram*, elle était appelée *fiducia (supra* p. 180 *sq)* et c'est cela que Q. Mucius Scævola (Varron, *l. c.*, plus haut) paraît avoir eu en vue quand il corrige Mamilius ; il limite l'emploi du mot *nexum* à la chose sur laquelle on a créé un *nexus per aes et libram*, et l'exclut pour le transfert ordinaire de propriété par mancipation, — limitation et exclusion approuvées par Varron. On

peut objecter que la *fiducia*, bien que destinée, sans aucun doute, à n'être qu'une garantie, était, en la forme, transférée au créancier en toute propriété. Mais l'argent prêté à un emprunteur *per aes et libram* devenait aussi sa propriété, et néanmoins était aussi appelé *nexum aes*. Par conséquent l'argent emprunté, et la chose donnée comme *fiducia* étaient sensiblement dans la même situation : les deux devenaient la propriété de l'*accipiens*, mais avec une obligation de restitution ; si la dénomina- de *nexum aes* convenait à l'un, pourquoi l'autre ne serait-elle pas *res nexa* ? La phrase finale et, malheureusement, altérée, du passage de Varron, se réfère au cas du débiteur qui, dans le droit antérieur, se rendait lui-même *nexus*, et n'a que peu de rapport, ou même point du tout, avec ce qui précède. (Voir, sur cette question, les observations du Professeur Nettleship, dans le *Journal of Philology*, vol. XII (1883), p. 198 *sq*.

NOTE D. (Voir § 34, note 12).

Dans la procédure primitive du *sacramentum*, chaque partie devait déposer son enjeu, avant de pouvoir être entendue sur l'affaire en question ; mais, plus tard, on fournit simplement garantie de le payer, au cas où le jugement vous déclarerait dans votre tort. Ihering (« Reich und Arm im Altrœm. Civilprocess, » dans ses *Scherz und Ernst*, p. 175 *sq*) regarde ce changement de la pratique comme un triomphe signalé de la législation populaire. Il soutient que non-seulement la tendance, mais le motif des dispositions de la procédure judiciaire, à la fois dans le *sacramentum* (§ 34) et la *manus injectio* (§ 36) étaient de jeter des obstacles sur la route du pauvre, qui revendiquait ou défendait ses droits en lui imposant, comme

condition préalable de sa plainte ou de sa défense, de déposer une forte somme d'argent, dans le premier cas, de trouver un *vindex*, dans le second: que ces procédures étaient toutes deux des instruments destinés à déjouer les fins de la justice, quand un homme riche se mettait en opposition avec un pauvre. Cela fut, avec le temps, corrigé, dans le cas de la *manus injectio*, par la faculté accordée à la partie, contre qui elle était employée, de se défendre elle-même, dans la plupart des cas, *in propria persona, i. e.*, sans *vindex ;* et, dans le cas de procédure *per sacramentum*, en considérant comme suffisant pour les parties de fournir des sûretés pour la *summa* ou *pœna sacramenti*, qui n'était exigée que de celui qui succombait définitivement. Ihering attribue cette dernière réforme à une loi, conservée en partie par Festus (Bruns, p. 43), rendue sur la proposition d'un certain L. Papirius, tribun du peuple, et qui ne peut avoir été antérieure au sixième siècle. Cette loi nommait trois officiers publics pour percevoir et juger les peines du *sacramentum* (*sacramenta exigunto judicantoque*); et Ihering entend par ces mots que, non-seulement ils devaient exiger les peines, mais que, négligeant les chiffres de 500 ou 50 *asses*, énoncés dans la *provocatio*, ils devaient déterminer, dans chaque cas particulier, quel devait en être le montant. Il identifie cette loi Papiria avec une loi du même nom, mentionnée par Pline (*H. N.*, 33, § 46), mais que la plupart des écrivains récents reportent à l'année 665, et qui réduisit le poids de l'as de cuivre à une demi-once : (il avait été réduit, en 485, d'une livre à 4 onces, environ en 513, à 2 onces, et en 537, à 1 once). Il fait ainsi de la *lex Papiria* une loi de portée considérable, puisqu'elle aurait à la fois reculé la perception du *sacramentum* jusqu'à la fin du

débat, donné aux *IIIviri capitales* le pouvoir de dire quel en serait le montant, et facilité son paiement, en réduisant la valeur de l'*as*. Mais il est plus probable que le but de cette dernière disposition était d'alléger le sort des emprunteurs ; et quant aux deux autres, le texte conservé par Festus semble plutôt indiquer que les nouveaux magistrats nommés pour percevoir et juger, — et ce que signifie le *judicanto* est loin d'être évident, — devaient suivre la pratique déjà existante. Quoi qu'il en soit, et même en supposant que la date du changement soit antérieure à celle qui lui est assignée par Ihering, on ne peut mettre en question son importance, ni douter de l'avantage qu'il dut procurer aux plaideurs pauvres.

NOTE E (Voir § 34, note 19).

Varron, *De L. L.*, v. 180 (*Bruns*, p. 303) dit que même après que la *summa sacramenti* eut été convertie en argent, elle était déposée *ad pontem*, — un pont, il ne dit pas lequel, où il y avait une « livre » sacrée. (Il est assez curieux de remarquer que l'orthographe Irlandaise de « pound » est « pont » ; Skeate, *Etym. Dict.* v. « Pound »). Une explication très ingénieuse et très plausible fut suggérée par Danz, en 1867, *Z. f. R. G.*, vol. VI, p. 359. Rappelant ce fait, qu'on avait découvert dans l'île du Tibre une *sacella* de Jupiter Jurarius et de Dius Fidius, les deux divinités auxquelles on adressait d'ordinaire les serments solennels, et cet autre fait que l'île était désignée comme « inter duos pontes », parce qu'elle était réunie aux deux rives du fleuve par des ponts ne portant point de noms particuliers, il suggéra l'idée que l'île peut avoir été le lieu, où se rendaient les plaideurs pour procéder à leurs *sacramenta*, et que les bœufs, moutons ou argent étaient

déposés à une place à cet usage, avant de traverser le pont. Une explication très semblable fut proposée par Huschke, deux ans plus tard, dans son livre *Das alte römische Jahr* (Breslau, 1869), p. 360, apparemment sans qu'il ait été au courant de la conjecture de Danz. Il ajoute, en invoquant l'autorité des Tables Eugubines, que, tandis qu'on offrait à Jupiter des bœufs, on n'offrait à Dius Fidius que des moutons. L'île, d'après lui, dut être choisie comme terrain neutre, accessible à toutes les parties, ce qui permettait d'éviter l'intrusion dans les temples respectifs des deux divinités, au Capitole et au Quirinal. Et c'est à l'emploi de l'île comme théâtre de la procédure *per sacramentum* qu'il attribue son nom d' « île sacrée », plutôt qu'à la circonstance qu'elle était le siège du temple d'Esculape. Huschke revient à cette opinion et la confirme dans son *Multa und Sacramentum* (1874), p. 410, où il se réfère alors à l'article de Danz.

NOTE F. (Voir § 36, note 11).

Un autre argument en faveur de l'opinion que le *æris confessi* des XII Tables se rapportait à la dette en vertu de *nexum* se présenta à mon esprit après l'impression du texte. Il est tiré du langage du chapitre LXI de la *Lex Coloniæ Juliæ Geneticæ* de l'an 710 de Rome (Bruns, p. 111) : « Judicati jure manus injectio esto.... Vindex arbitratu IIviri quive jure dicundo præerit locuples esto. Ni vindicem dabit judicatumve faciet, secum ducito. Jure civili vinctum habeto, » etc. Le *æris confessi* des XII Tables ne réapparaît plus; personne pourtant ne soutient que la *manus injectio*, autorisée par la loi coloniale, ne s'appliquait point à l'*in jure confessus*. Si

elle s'appliquait à lui, ce doit avoir été parce qu'il était compris dans le terme *judicatus*. Le *æris confessi* fut, sans aucun doute, omis, parce qu'il s'appliquait aux débiteurs en vertu de *nexum*, contre lesquels la *manus injectio* avait été interdite par la loi Poetilia.

NOTE G. (Voir § 36, note 20).

« L'idée de responsabilité (*Haftung*) est à l'origine une idée de satisfaction portant sur la vie et la personne physique; dans les temps primitifs une responsabilité d'autre sorte ne peut se concevoir. D'où le débiteur, qui ne paye pas, tombe sur le champ entre les mains de son créancier, qui peut le retenir comme esclave, le vendre en le réduisant en esclavage, le tuer. Mais cette dernière alternative est, avant qu'il soit longtemps, soumise à quelque modification. Les divers membres du corps ont reçu, très rapidement, chacun une valeur propre, de façon que, pour chaque cas de dommage, il puisse y avoir une composition fixée et certaine. Ce point une fois atteint, un créancier ne peut plus couper du corps de son débiteur plus qu'il n'est nécessaire, — plus que l'équivalent suffisant du tort qu'il a subi; et, s'il y a plusieurs créanciers en concours, aucun ne doit couper plus que la part qui correspond à sa propre créance. C'est ce que nous trouvons exprimé dans les fragments qui nous restent du vieux droit Scandinave. Comme contraste, on peut dire que ce fut un pas en avant que la décision des XII Tables, qui mit fin à ce calcul détestable, en déclarant qu'en pareil cas il n'importerait pas que le ou les créanciers coupassent plus ou moins que sa ou leur part propre: ils pourraient tailler en pièces leur débiteur absolument à leur guise;

la loi ne devait plus s'encombrer de détails : *si plus minusve secuerunt se fraude esto*. Tant qu'on n'avait pas découvert la suite des idées dans l'histoire du monde, cette disposition des XII Tables restait naturellement hors de compréhension. Et pourtant, il est quelque peu surprenant que personne n'en ait surpris la signification, si l'on songe à toutes les hypothèses suggérées pour l'expliquer, mais qui, en réalité, n'expliquent rien ; hypothèses si nombreuses, qu'il n'en manque à leur liste qu'une seule, — savoir que les anciens Romains doivent avoir été *anthropophagi !*

« C'est un progrès de plus, quand la loi cesse d'autoriser le meurtre du débiteur, et se contente de son travail et de ses tortures. Dans l'invention des moyens de punition de ce genre, l'humanité a donné des preuves signalées de son ingéniosité, — expulsion du corps social, infamie sous toutes les formes, châtiment corporel, emprisonnement. Tout cela était le lot de l'infortuné débiteur. S'il était mort, son créancier saisissait même sa dépouille misérable. Priver le corps du débiteur d'une sépulture paisible était, chez les Egyptiens, une coutume, qui survécut jusque dans la période Chrétienne. Même jusqu'au sixième siècle, les empereurs durent intervenir pour supprimer cet horrible abus ; et les légendes de l'Orient aussi bien que de l'Occident honoraient celui qui rachetait le corps d'un insolvable et lui donnait une sépulture décente. [Andersen, *contes*, « le compagnon de voyage » ; Esmein, « Débiteurs privés de sépulture », *mélanges*, Paris, 1886, p. 245 sq].

« Dans mon ouvrage « *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz* », j'ai montré avec détails comment ces coutumes, qui font frissonner, ont graduellement

disparu, comment le développement du droit, pas à pas, écarta les fondements du système ; et il suffit de se référer à ce qui y est dit. J'y ai montré aussi l'élément de conservation qui, pendant de longues années, tint en échec ce développement du droit. Les rigueurs, qui s'attachaient à l'insolvabilité, se perpétuèrent par l'intermédiaire des contrats. Quand les anciennes conséquences de l'insolvabilité ne résultèrent plus directement de l'action des lois, les créanciers commencèrent à se les assurer par des clauses introduites dans leurs conventions. Le débiteur, qui ne tombait plus *ipso jure* entre les mains de son créancier, était obligé de se donner lui-même expressément en gage. Il engageait son corps, sa liberté, son honneur, même le salut de son âme. La clause insérée dans le contrat pouvait imposer la confiscation par le créancier d'une livre de chair, — figure, dont le génie du grand dramaturge a fait pour toujours un type. Ou ce pouvait être une clause par laquelle le débiteur se soumettait, en cas de non-paiement, à être frappé de quelque indignité, ou mis hors la loi, ou même excommunié, » etc., etc. Kohler, *Das Recht als Culturerscheinung*, Würzbourg, 1885, p. 17 *sq.*

[Il est intéressant de citer, en regard de ce passage, cet autre, emprunté à M. Dareste, sur la loi de Gulating, « anciennes lois de la Norwège » *Journal des Savants*, 1881, p. 300. « Quand un débiteur se trouvait hors d'état de payer, il devait se rendre au *ting*, et là offrir sa personne à ses parents, pour la somme par lui dûe, en commençant par le plus proche parent. Si aucun de ses parents ne consent au marché, alors il appartient à son créancier jusqu'à ce qu'il ait payé sa dette....... Si le débiteur en servitude ne veut pas travailler pour son maître, celui-ci le conduit au *ting*, et met les parents du récalcitrant en demeure de

le libérer, et, sur le refus, il peut le tuer ou le mutiler. La loi dit *qu'il peut couper où il veut, haut ou bas.* »

NOTE H. (Voir § 53, note 15.)

Gaius dit que, tandis qu'il était admis par tout le monde qu'il ne pouvait y avoir de *transcriptio* d'une dette littérale d'une personne à une autre qu'entre citoyens, c'était une question controversée sous l'empire que de savoir s'il ne pouvait y avoir *transcriptio* d'une chose à une personne (a re in personam) même entre pérégrins, considérant qu'elle provenait d'une responsabilité antérieure née d'une obligation *juris gentium*. On pourrait supposer, d'après l'anecdote racontée par Cicéron (*De Off.* III, 14, §§ 58-60) de C. Canius et de Pythius, le banquier de Syracuse, que, de son temps, cette *transcriptio* était en usage chez les pérégrins (à moins, il est vrai, que Pythius, bien qu'habitant une province, ne fût en fait citoyen Romain). Cette anectote offre un exemple excellent de l'effet du *nomen*. Apprenant que Canius était à la recherche d'une maison de campagne, Pythius, qui en avait une, l'invita à dîner avec lui un ou deux jours après. Dans l'intervalle, il fit savoir à des pêcheurs d'avoir à se trouver ce jour-là dans la baie (où il n'y avait pas de poisson) avec des bateaux bien remplis de poissons, qu'ils devaient, à un signal donné, apporter à terre sous les yeux de son hôte, comme s'ils venaient d'être pêchés ; d'autre part, il s'arrangea avec des chasseurs, qui se tiendraient dans le voisinage, bien pourvus de gibier ; ils devaient l'apporter dans la maison, pendant que Canius savourerait son vin, en prétendant qu'on venait de le tuer dans les bois. L'appas prit. Un endroit rempli de tant d'attractions était juste-

ment ce que Canius souhaitait. Pythius voudrait-il le lui vendre ? Il lui en donnerait le prix qu'il lui plairait, et ainsi de suite, et ainsi de suite, jusqu'à ce que Pythius eût fait semblant de se résigner à consentir. Naturellement, Canius n'avait point d'argent sur lui ; mais le rusé Pythius savait bien que, s'il laissait le prix en l'état jusqu'à ce que son hôte eût découvert la fraude, il n'aurait jamais aucune chance de mettre la main dessus. Aussi produisit-il ses livres et transcrivit-il immédiatement la dette : *nomina facit, negotium conficit*. Par là, il rendit Canius son débiteur, non point du prix de la maison et des jardins, mais de la somme d'argent inscrite contre lui, susceptible d'être recouvrée par une *actio certæ creditæ pecuniæ* ; et comme l'*exceptio* et l'*actio doli* n'avaient pas encore été inventées il n'y avait point de voies par lesquelles Canius pût alléguer la fraude comme moyen de défense fondé sur l'équité ou pour obtenir réparation de la fourberie dont il avait été victime.

A propos de cet incident, il y a une controverse sur l'auteur et la date de l'*exceptio doli*. Cicéron (*l. c.*, § 60) dit que Canius n'avait aucune réponse à opposer à une action de Pythius en vertu du *nomen*, ni aucune action de son côté à lui, pour arriver à l'annulation ou obtenir des dommages et intérêts, parce qu'Aquilius Gallus n'avait pas encore introduit ses *formulæ de dolo*. On ne peut concevoir à quoi il se réfère, en employant ainsi le pluriel, si ce n'est à l'*exceptio doli* et à l'*actio de dolo* ; et, si c'est cela qu'il veut dire, alors, parlant, comme il le dit, de ce qui a été fait sous ses propres yeux par son ami et collègue dans la préture, il est difficile de mettre son témoignage en doute. Cependant, d'après un témoignage d'Ulpien, au *Dig.*, XLIV 4, 4, § 31, où il dit qu'un certain préteur, qu'il appelle Cassius, n'avait pas regardé comme

nécessaire de publier une *metus causa exceptio*, parce qu'il jugeait l'*exceptio doli* suffisamment générale pour embrasser l'intimidation aussi bien que la fraude, certains Romanistes tirent la conclusion que, si Aquilius Gallus peut avoir inventé l'*actio de dolo*, Cassius fut l'auteur de l'*exceptio doli*. Mais on peut tout aussi légitimement conclure que ce qu'Ulpien voulait dire était que Cassius, tout en ayant introduit l'*actio quod metus causa* (qui, à la différence de l'*actio de dolo*, procédait non seulement contre l'auteur véritable du dommage, mais aussi contre les tiers qui avaient tiré profit de son acte dommageable) jugea l'exception correspondante inutile, parce que l'*exceptio doli* déjà existante suffisait à cet effet. C'est l'opinion adoptée par Hænel, « die actio und exceptio doli », *Archiv d. Civ. Praxis*, vol. XII, pp. 410 *sq.*, et Schneider, « die actio doli mali », dans ses *Subsidiäre Klagen des Röm. Rechts* (Rostock, 1834) pp. 314 *sq.* L'autre opinion est embrassée par Rudorff, « die Octavianische Formel », *Z. f. gesch. R. W.*, vol. XII, pp. 166 *sq.*, et Vangerow, dans son *Lehrb. d. Pandekten*, 7ᵉ édit., vol. I, pp. 318 *sq.* Le raisonnement de ces deux jurisconsultes très distingués est loin d'être convaincant. Ils disent que l'*exceptio doli* fut introduite longtemps avant l'époque d'Aquilius. Mais cette *exceptio* était précisément le remède dont Canius avait besoin, au moment où il était poursuivi en vertu du contrat littéral où l'avait induit Pythius : si elle avait été introduite aussi tôt que Rudorff et Vangerow l'imaginent, pourquoi Cicéron aurait-il dit que Canius était privé de protection, parce que Aquilius n'avait pas encore introduit ses *formulæ de dolo* ? Ne serait-ce pas que Cassius est une erreur, pour Gallus ? Suivant Augustinus (*De nominib. jurisconsultor.*, Tarragone, 1579, col. 241, 242) le nom ainsi abrégé se rencontre

dans le Digeste plus fréquemment que le nom complet Aquilius Gallus (ou Gallus Aquilius). Ce n'est pas une erreur improbable en copiant : car dans les MSS. anciens G et C sont souvent presque impossibles à distinguer, et *s* longue ressemble souvent à *l*. Cela a lieu même dans le Code Florentin.

NOTE a. — Sur la clientèle et la plèbe.

I. — Les origines de la clientèle et la place précise qu'occupe cette institution dans le droit romain ancien sont encore fort obscures. Quelques idées cependant semblent se dégager. La clientèle est un état de dépendance, intermédiaire entre la pleine liberté et l'esclavage. Elle dérive 1° de l'*applicatio* des étrangers, qui ont, pour une cause quelconque, émigré à Rome ; 2° de la *deditio* d'une communauté étrangère vaincue, rendue à discrétion, et que pourtant on n'a pas réduite en esclavage ; enfin, 3° de l'affranchissement. A l'origine, il est fort probable que l'affranchissement régulier n'était pas connu. On en peut trouver une preuve dans cette circonstance qu'on dut employer, pour le réaliser, des formes instituées dans d'autres buts. D'ailleurs, ne doit-on pas dire qu'au début les conditions sont immuables, en ce sens qu'il est tout aussi interdit à un *paterfamilias* de métamorphoser un esclave en homme libre, dans l'intérieur de la cité, que d'y transformer un homme libre en esclave ? Quoi qu'il en soit de cette dernière conjecture, — qui ne paraît pas inévitablement liée à la première, — il est permis de penser que, pendant un certain temps, l'affranchissement n'était qu'un fait et non un droit. Cette situation se modifia, en sorte que l'affranchissement, devenu régulier, emporta désormais la cité

romaine : la clientèle sur les affranchis changea de caractère, et devint le droit de patronage proprement dit. Le lien n'était plus le même ; la source principale de la clientèle antique se trouva tarie. En effet, malgré les rapprochements évidents, au point de vue de la dépendance et des devoirs des affranchis envers leurs patrons, au point de vue de leur position dans la famille — l'affranchi prend le *nomen gentilitium* de son patron, comme autrefois le client faisait partie de la *gens* (Cagnat, *épigraphie*, p. 46 *sq*), — ce n'est plus la même chose : en dépit de la subordination, l'affranchi est citoyen, et, au fond, plébéien. L'institution de l'affranchissement régulier fut donc postérieure à la clientèle et se modela sur elle ; en même temps, elle la fit disparaître par la reconnaissance d'une condition légale et définie pour les affranchis. La clientèle de la fin de la république et du début de l'empire n'est plus qu'une habitude et non une institution : les clients ne sont que des *salutatores*. (Voir les auteurs cités § 3, note 1).

II. — Il était nécessaire de présenter une esquisse de la clientèle avant de déterminer ce que c'était que la plèbe : les deux choses sont intimement unies. Il y a, sur la plèbe, une grande diversité d'opinions, dont voici les extrêmes. 1° La plèbe se confond avec la clientèle : elles procèdent les deux de la même source. La différence entre clients et plébéiens réside purement dans leur manière de se comporter envers l'ordre supérieur : les uns se rattachent aux patriciens, gagnent leur protection au prix de l'indépendance : les autres sacrifient leur bien-être et leur sécurité à la liberté, qu'ils préfèrent, avec tous les risques de l'incertitude et de l'isolement. 2° Les origines des deux institutions sont tout à fait distinctes.

Les Romanistes, comme MM. Willems et Mommsen,

qui soutiennent la première opinion, ne confondent pas clients et plébéiens à la façon d'autrefois ; ils ne prétendent pas que les mêmes personnes fussent à la fois l'un et l'autre, à la même époque ; mais ils affirment que la clientèle a donné naissance à la plèbe, que les plébéiens sont des anciens clients, tombés, pour une raison quelconque, en déshérence. Cette proposition paraît fondée et trouve généralement faveur, si on entend par là que la clientèle a été une des causes produisant des plébéiens, peut être le premier noyau de la plèbe. En termes absolus, elle est, au contraire, rejetée par le plus grand nombre. Comment concevoir en effet que les patriciens, en pleine autorité, aient, de gaieté de cœur, défait eux-mêmes leur puissance et transformé leurs clients en plébéiens ? car il ne suffit pas d'alléguer la décroissance naturelle du patriciat, si rapide qu'elle ait été. On arrive donc à penser que la plèbe comprenait d'autres éléments, des immigrants, des fugitifs, surtout des populations vaincues lors de la fondation de la ville ou après, transportées ou établies à Rome ou autour de la ville, comme, semble-t-il, ces *forcti et sanates* dont parle Festus (v. Sanates), et à qui la nécessité avait fait accorder le *jus nexi mancipiique*. (Voir Carle, *le origini del diritto romano*, pp. 170, 171 et notes.) Au surplus, il serait exagéré de prétendre qu'ils devinrent tous plébéiens. Certains d'entre eux étaient entrés dans les liens de la clientèle, par l'*applicatio* ou la *deditio*, et quelques-uns mêmes paraissent avoir été admis dans les rangs du patriciat. Cette conclusion pourra n'être pas goûtée par les esprits absolus : l'histoire et le droit s'appliquent à l'élément humain, variable et changeant, et, par là, s'accommodent mal de la rigidité des systèmes. Au fond, il y a là une combinaison des deux idées : tantôt la plèbe et la clientèle auront des points de départ diffé-

rents ; tantôt la différence entre plébéiens et clients dépendra de leur manière d'être à eux à l'égard des patriciens, ou, plus exactement, de l'accueil et du traitement que ces derniers leur auront réservés. La clientèle est une institution pleinement patricienne : les clients sont reçus dans la *gens*, et le patriciat est mêlé à la formation de la clientèle ; les plébéiens, au contraire, sont étrangers au patriciat ; ils restent en dehors ; et lui ne s'occupe pas d'eux, en sorte que, bien qu'il ait pu y avoir des plébéiens dès les commencements de la ville, la plèbe ne prend pas rang dans la Communauté patricienne ; elle ne compte dans l'histoire qu'à une période postérieure, celle de l'État patricio-plébéien.

La solution, qui vient d'être donnée, conduit à penser que les plébéiens ne faisaient pas partie de l'organisation patricienne par curies. La doctrine contraire est enseignée par Mommsen, et, dans des limites plus étroites, par M. Bloch, qui y fait entrer la plèbe urbaine, d'origine plus humble, de sentiments plus dépendants, moins nombreuse peut-être, et, par ces motifs, moins dangereuse que la plèbe rurale. Au reste, cette décision même ne tranche pas du tout la question de sa participation effective au vote dans les comices par curies. Voir Mommsen, *droit public romain* (trad. Girard), t. VI, p. 101 *sq* ; G. Bloch, *les origines du Sénat romain*, p. 290 *sq* ; comp. Lange, *histoire intérieure de Rome*, trad. Didier et Berthelot pp. 52, 58 ; Karlowa, *Rechtsgeschichte*, t. I, p. 62 *sq*. Le rôle législatif des plébéiens se montre dans les comices par centuries, et surtout dans les *concilia plebis*, qui, plus tard, comprennent le peuple entier, deviennent, par degrés, obligatoires pour tout le monde, en un mot, se transforment en *comitia tributa*. Voir Broecker, *Glaubwürdigkeit der altrömischen Vervassungsgeschichte*. Ham-

bourg 1873, p. 112 *sq*; Mispoulet, *institutions politiques des Romains*, t. I (Paris 1882), p. 208 *sq*; Willems, *le sénat de la république romaine*, t. II, p. 74 *sq*; Mommsen, *droit public romain* (trad. Girard), t. VI, p. 166 *sq*, p. 366 *sq*; Mispoulet, *études d'institutions romaines*, p. 68 *sq*.

L'exclusion des plébéiens de l'organisation gentilicienne, dut, par la force des choses, aboutir encore à un autre résultat. Les clients se rattachaient à une *gens* déterminée, dont ils augmentaient la force et le prestige; les plébéiens, eux, ne relevaient d'aucune *gens*, mais seulement du roi; en ce sens, ils ont pu être qualifiés de « clients royaux ». Le roi avait donc intérêt à revendiquer pour lui-même cette force, en plaçant les nouveaux venus sous sa dépendance directe, plutôt que sous celle du patriciat. A mesure que l'influence royale s'accrût, elle dut s'attacher à favoriser le développement de la plèbe, au détriment de la clientèle; cette cause ne contribua sans doute pas peu à arrêter l'essor de cette dernière.

III. — L'évolution historique amène donc la disparition de la clientèle ancienne et, par une suite naturelle, le développement de la plèbe. Cette disparition de la clientèle eut son contre-coup sur la constitution de la *gens*, et la notion même de la famille; car « les clients n'étaient pas seulement la force et le luxe de la *gens*, ils en étaient le lien; ils en préservaient l'unité » (G. Bloch, *op. cit.*, p. 270). La clientèle correspondait à la communauté de famille; une fois qu'elle se fut brisée, la famille aussi se démembra. La *gens* ne fut plus la grande famille commune, constituant l'unité; mais elle devint l'agglomération des familles plus restreintes. Conception nouvelle, qui est celle sans doute que Gaius nous aurait révélée, et qui ne rend plus compte de la nature véritable de la *gens* et du rôle qu'elle avait joué.

IV. — M. Carle a présenté (*le origini del diritto romano*, p. 182, 183) une théorie ingénieuse sur la situation juridique des plébéiens. Pour eux, dit-il, il n'y a pas de droit proprement dit, *fas*, *jus* ou même *mos*, il n'y a que l'habitude, avec sa durée et sa publicité, en un mot l'*usus*. L'*usus* supplée à tout : il transforme l'union irrégulière entre l'homme et la femme en un mariage véritable ; il procure à la longue la propriété des choses, dont on ne pouvait avoir à l'origine que la possession, et notamment, à la mort d'une personne permet à ses proches de mettre la main sur ses biens et d'arriver, au bout d'un certain temps, à en acquérir la propriété, comme si on avait été héritier du défunt. La nature inférieure et mal définie de cette institution appropriée à une masse de gens réunis au hasard, sans cohésion ni traditions d'aucune sorte, se manifeste par l'absence, à l'origine, de ces exigences qui ont rehaussé le fait de l'usage et l'ont fait pénétrer dans le domaine des droits, spécialement des conditions de bonne foi et de juste titre, qui manquèrent toujours dans l'usucapion *pro herede*.]

[NOTE b. — Esquisse historique de la Famille.

L'auteur n'a pas voulu s'aventurer à la recherche des origines historiques de la famille, question dont Sumner Maine a dit que, toutes les fois qu'il l'a poursuivie, il a « toujours échoué en pleine brume, sur la vase. » Il est pourtant difficile de n'y pas toucher, d'autant que cette question est intimement liée au développement historique de la propriété,

Il semble que le fait le plus général au début ait été la promiscuité complète, sans règle ni frein. Des auteurs

veulent même que c'ait été le « stade primitif et nécessaire des unions sexuelles ». Règne de la force brutale. Le mariage est ravalé à sa notion la plus grossière : c'est l'enlèvement par violence qui est le moyen de se procurer des compagnes, auxquelles on n'est pas lié, et qui peuvent vous être ravies par un guerrier plus puissant. D'autres s'inscrivent en faux contre cette doctrine absolue, tels Sumner Maine, Cogliolo (du moins dans une certaine mesure) et M. Letourneau, qui se place, lui, au point de vue transformiste et invoque la sociologie animale.

Quoi qu'il en soit, cet état inférieur fait insensiblement place à un régime plus régulier, dans lequel apparait la parenté par les femmes, le matriarcat. L'idée de famille commence à poindre : les enfants se rattachent tout naturellement à la mère, à l'égard de qui le lien peut se déterminer par le fait matériel de l'accouchement. Ce changement coïncide d'ordinaire avec la pratique de l'exogamie, c'est-à-dire l'habitude de prendre femme en dehors de la tribu ou du clan, — habitude née peut-être de ce que les femmes de la horde sont revendiquées par les mâles les plus forts, ce qui oblige les autres à aller chercher ailleurs ; en même temps l'union devient plus stable. L'adoucissement des mœurs transforme aussi le mariage par capture réelle en mariage par enlèvement simulé, et enfin par achat.

On est arrivé ainsi au seuil d'un régime nouveau, le patriarcat, parenté par les mâles. Dès l'origine, la prépondérance ou, plus exactement, le despotisme de l'homme s'est affirmé. Doué de la force physique, il a cherché à imposer son autorité autour de lui. Maintenant que les unions sont plus régulières et plus durables, il est naturel que les groupes familiaux, qui se forment, se rattachent à celui qui y occupe la place prépondérante, qu'il en soit

le centre. Cependant, le despotisme mâle n'explique pas tout, car il est parfaitement compatible avec la parenté maternelle (Letourneau, p. 180); et, d'autre part, la volonté du chef de famille ne peut pas tenir complètement lieu, surtout au commencement, de lien du sang. Mais la stabilité de l'union conjugale fait imaginer un moyen, pour l'homme, de prouver ce lien du sang, dont la démonstration directe échappe, et d'affirmer sa paternité sur les enfants dont sa compagne accouche : c'est l'usage, puéril et incompréhensible en dehors de cette explication, de la *covada*, *couvée* ou *couvade* (remplacée, suivant les lieux, et suivie par d'autres procédés), dont on trouve encore des traces aujourd'hui. Le mari simule l'accouchement, en même temps que sa femme, et déclare, par ce procédé extérieur et grossier, le lien qui le rattache à l'enfant qui vient au monde. La parenté consanguine, une fois constituée, se développe continuellement, conforme au rôle que joue l'homme dans la famille ; et, bien qu'il y ait des peuplades où la parenté par les femmes se maintient concurremment avec la parenté par les mâles, cette dernière se substitue à elle en général. C'est le régime que nous trouvons établi à l'époque historique de Rome, quoique Bachofen ait pu signaler encore quelques indices de parenté utérine, sans doute vestiges d'un état de chose disparu.

On ne peut manquer d'apercevoir que le lien du sang entre l'enfant et le père n'est reconnu qu'à la suite d'une intervention volontaire de ce dernier : en sorte que le système du patriarcat repose, dans une certaine mesure, sur la volonté du *paterfamilias*, qui peut, à son gré, affirmer ou dénier sa paternité. Ce droit du chef de famille s'accentue : on arrive à tenir compte de sa volonté, *pour*

elle-même, et non pas seulement comme reconnaissance du lien naturel existant : c'est cette volonté, et non plus le lien du sang qu'elle annonçait et recouvrait, qui sera la base de la famille civile : l'agnation se compose non pas des parents par le sang, mais des personnes que le *pater-familias* a consenti à y laisser ou à y faire entrer. Comp. p. 223 § 32, note 15. A vrai dire, le principe de puissance a remplacé le principe de parenté, et ce n'est que lentement que se produit la réaction en faveur du lien naturel.

Sur ces différents points, Bachofen, *Das Mutterrecht*, Stuttgart, 1861 ; Giraud Teulon, *les origines du mariage et de la famille*, Paris, 1884 ; Gide, *étude sur la condition privée de la femme* (2e édit.) Paris, 1885, Liv. I, ch. 1., et la note de M. Esmein, p. 30 *sq*.; P. Viollet, *histoire du droit français*, Paris, 1886, p. 325 *sq*.; Padeletti-Cogliolo, *storia del diritto romano*, Florence, 1886, p. 28 a, p. 156, b, p. 164 d : de Laveleye, *la propriété collective du sol*, Bruxelles, 1886, p. 58 *sq.;* Dareste, « sur les anciens Codes Brahmaniques », « sur le Code Rabbinique », « sur la coutume des Ossètes » (à propos du livre de Kovalevsky « coutume contemporaine et loi primitive »), *Journal des Savants*, 1884, pp. 47, 87, 311, 1887, pp. 283, 284 ; Bernhœft « zur Geschichte des Europæischen Familienrechts, » *Z. f. vergl. R. W.*, 1888, p. 1 *sq*, p. 161 *sq*, 1889, p. 384 *sq* ; Dubois, *étude historique sur la protection de l'enfance*, Paris, 1888, p. 16 *sq*.; Letourneau, l'*évolution du mariage et de la famille*, Paris, 1888 ; Kohler « Uber das vorislamitische Recht der Araber », *Z. f. vergl. R.W.*, 1888, pp. 84 *sq*. 240 *sq*.; Beauchet, *loi de Westrogothie*, Paris 1889, liv. VIII ; Lacombe, *la famille dans la société romaine*, Paris, 1889, K. Friedrich « Ueber den Ursprung des Matriarchats », *Z. f. V. RW.*, 1889, p. 370 *sq* ; G. May, *droit*

romain, Paris, 1889, p. 105 *sq.*; Declareuil, « La justice dans les coutumes primitives ». *Nouv. Rev. Hist.*, 1889. p. 155 *sq.*]

NOTE c. — Observation sur la note B.

L'opinion de l'auteur se retrouve dans G. May, *droit romain*, t. I, p. 120 et n. 4. Je ne puis m'empêcher de faire remarquer que la doctrine commune, qui voit dans la *coemptio* un achat unilatéral de la femme par le mari, semble mieux en harmonie avec l'évolution même du mariage, et les faits que nous révèlent et l'antiquité et les coutumes contemporaines grossières des peuplades sauvages, dont le droit est resté à l'état embryonnaire. Voir d'une manière générale, Letourneau, *évolution du mariage*, Paris, 1888, *passim*, et sur la question particulière, d'Arbois de Jubainville », l'achat de la femme dans la loi irlandaise » *Revue Celtique*, 1876-78, p. 361 *sq*; Padel. Cogl. p. 165 g, p. 166 l; Dareste, « anciens Codes Brahmaniques », « Code Rabbinique », « coutumes des Ossètes ». *J. des Savants*, 1884, pp. 47, 310, 311, 376, 1887, p. 283; Beauchet, *formation et dissolution du mariage dans le droit islandais*, Paris, 1887, p. 3 *sq*, notamment p. 4. L'achat de la femme paraît bien avoir été un adoucissement de la brutalité primitive, avoir remplacé le mariage par capture véritable ou simulée ; et, de même qu'à l'enlèvement violent succéda le rapt simulé, de même aussi l'achat réel se transforma en achat fictif, simple solennité. La *coemptio*, telle que la comprend M. Muirhead, serait une modification de l'idée première, et correspondrait à un perfectionnement du droit, dans lequel la femme ne serait plus tenue en dépendance à l'égard du mari, rabaissée presque à l'état de chose, mais deviendrait partie contractante, en somme son égale. Je ne prétends nullement que l'égalité,

voire la supériorité de la femme aient été inconnues de l'antiquité, puisque ce peuvent être des traits distinctifs du matriarcat (Bernhöft « Gesch d. Europ. FamilienR. » *Z. f. vergl. R. W.* 1888, p. 172. Letourneau, *évolution du mariage*, p. 349 *sq*. p. 381) ; et que, d'ailleurs, en dehors de ce régime, on voit pratiquer l'égalité dans la législation Babylonienne, au sixième siècle avant notre Ère (de Lapouge, « le dossier de Bunanitun », *Nouv. Rev. Hist.* 1886. p. » 113 *sq*, notamment p. 132). Mais l'évolution n'a pas été la même partout, et à Rome, au moment où apparait la *coemptio*, on avait depuis longtemps perdu de vue le matriarcat, et cependant on était encore loin de la doctrine de l'égalité entre les époux.]

[NOTE d. — Esquisse historique de la propriété.

Les institutions juridiques ne peuvent ni s'isoler les unes des autres, ni s'abstraire des circonstances où elles se sont produites : c'est ainsi que l'histoire de la propriété a été liée à celle de la famille, et que le genre de vie, d'habitudes, l'étendue des besoins et l'état de l'industrie humaine ont tous exercé une influence sur la formation et le développement de la propriété.

On trouve à l'origine des sociétés, d'une façon générale, sinon universelle, un état sauvage, qui ignore la famille. Dans cette période, rudimentaire à tous égards, l'union durable et sérieuse entre l'homme et la femme n'existe pas ; on ne peut songer à établir des rapports de parenté ; l'individu ne figure que comme élément de la horde ou tribu. Aucune fixité, aucune stabilité en rien. Les besoins impérieux, mais rares, se bornent à la nourriture journalière, et à la défense contre les animaux. Le sentiment de prévoyance est inconnu : l'individu, d'ailleurs absorbé

par le présent, n'amasse pas pour les autres ; et la horde elle-même ne songe pas à l'avenir, car elle vit à l'état nomade, et quittera le territoire où elle séjourne, lorsque ses ressources ne lui suffiront plus. Est-il vrai cependant que cet état ne comporte aucune sorte de propriété ? On l'a remarqué fort justement : à ce moment, les choses appropriables et appropriées sont très restreintes, à cause du peu d'industrie et de besoins, — ce sont les fruits qu'on recueille, la proie dont on s'est emparé, la peau de bête qui couvre le corps, la branche d'arbre qui sert à se défendre, les quelques instruments de pierre fabriqués. — mais le sentiment de la propriété sur ces objets est très intense. L'habitude antique, — et qu'on retrouve encore aujourd'hui, — d'enterrer avec les morts des objets dont ils se sont servis, est un indice que les survivants considèrent ces choses comme leur étant propres.

Petit à petit, la conception de la parenté maternelle, s'introduit. Il est naturel alors que le petit groupe de la mère et des enfants, entre lesquels on reconnaît des liens plus étroits que ceux qui unissent entre eux les membres de la tribu, prenne insensiblement l'idée de l'appropriation des choses, qui lui sont le plus utiles, et songe à se constituer une réserve pour l'avenir. Les besoins augmentent ; les moyens d'y satisfaire, l'industrie s'accroît aussi ; et, à mesure que l'activité humaine s'applique à plus d'objets, le sentiment de l'appropriation s'y étend. Les hommes réduisent certains animaux à l'état domestique, — fait capital, — se forment des troupeaux et passent du régime purement nomade au régime pastoral. La terre nourricière des troupeaux commence à être la matière d'une occupation qui, à la vérité, est encore passagère et commune. Dans cette phase, la propriété mobilière se développe, tantôt au profit de l'individu, tantôt au profit de la tribu, peut-être

de la famille *stricto sensu*, et on entrevoit la possibilité d'une appropriation du sol.

Cette appropriation apparaît véritablement sous le régime agricole, qui permet à l'homme de vivre longtemps sur le même territoire et le fixe à certaines places. Elle s'accentue avec le perfectionnement même de l'agriculture, l'inégalité qui résulte de la fertilité naturelle plus ou moins grande du sol aussi bien que du travail accumulé, l'amélioration des terres, etc. Une autre cause d'inégalité est la lutte du fort contre le faible, la conquête, qui établit la supériorité des uns au détriment des autres. A ce moment là aussi, la notion de famille, et même de famille paternelle s'est accentuée. La horde, devenue sédentaire, s'est séparée en grandes familles, clans ou *gentes*. C'est au profit de ces clans que se produit l'appropriation ; et ainsi la communauté de famille succède à la communauté de la tribu. La transformation de la famille continue : la *gens* arrive à être considérée, non plus comme la grande famille commune, mais comme l'agglomération de petites familles connexes, en sorte que la copropriété de famille se réduit de la famille *lato sensu* à la famille *stricto sensu*. Un pas de plus, et on atteint la propriété individuelle. Le sentiment religieux a exercé aussi son influence puissante : il a marqué d'un caractère sacré le foyer domestique, où s'installent les divinités familières, autour duquel sont ensevelis les ancêtres qui continuent à protéger la maison ; les limites mêmes des champs sont l'objet d'une sanctification particulière ; et ainsi tout, des conceptions de l'ordre le plus élevé aux instincts les plus humbles et aux appétits les plus terre à terre, a concouru au même résultat.

Même après le triomphe de la propriété individuelle, il subsiste encore maintes traces des copropriétés anciennes. C'est la nécessité de transmettre ses biens, par succession

ab intestat, aux membres de la famille, le testament d'abord ignoré ou défendu, puis, plus tard, admis, mais enserré dans des formalités solennelles et rigoureuses ; ce sont les indivisions entre parents et enfants ou entre frères ; c'est l'inaliénabilité du patrimoine, ou tout au moins des choses essentielles de ce patrimoine qui, s'atténuant, se transforme aussi en exigences purement formalistes, dont la rigueur diminue avec les progrès du droit ; c'est la prohibition de recevoir par l'intermédiaire des femmes, qui sont les agents par lesquels les biens passent d'une famille à une autre ; ce sont peut-être les révocations d'aliénations à l'année jubilaire ; ce sont aussi les retraits de voisinage, féodaux et lignagers... Aujourd'hui encore, on trouve des vestiges isolés de propriété collective, chez des peuples, qui connaissent et pratiquent d'ailleurs la propriété individuelle.

Obs. I. Dans ce qui précède, j'ai employé constamment le mot « propriété », mais, suivant une remarque souvent faite, à ces époques primitives, l'analyse n'a pas encore discerné la propriété, distincte de la possession, en sorte que le terme de « propriété » désigne à la fois l'une et l'autre. *Besitzeigenthum*, disent les jurisconsultes allemands (Voir mon étude des *actions possessoires*, Paris, 1880, introduction, notamment pp. III, IV ; Kuntze, *Obligationen*, Leipzig, 1886, p. 13 ; H. Krueger, *Gesch. d. cap. demin.*, t. I Breslau, 1887, p. 126 *sq.*)

Obs. II. Le régime des Italiotes, lors de la fondation de Rome, est l'état agricole, et la propriété, celle de ce moment, c'est-à-dire, la propriété mobilière individuelle, au moins dans une certaine mesure, les occupations collectives du sol, au profit, soit des *gentes*, soit de l'état, — ce qui porte le nom particulier de domaine éminent de l'état. Il est permis d'invoquer, à l'appui du caractère incomplet

de la propriété, ce fait que le premier moyen d'acquérir la propriété, la mancipation (de *manu capere*), ne convenait qu'aux meubles, et, à l'appui du caractère agricole, la distinction entre les *res mancipi* et *nec mancipi* (voir p. 80 *sq*). Le développement du droit romain montre la copropriété familiale se réduisant de la *gens* à la famille *stricto sensu*, pour aboutir rapidement à la propriété individuelle. On a soutenu que la propriété individuelle avait été empruntée par les patriciens aux plébéiens. Sans accepter une formule aussi absolue, il paraît logique de penser que la conception individuelle de la propriété a été favorisée par le contact des plébéiens, qui en avaient été réduits là, par suite de l'abandon ou de l'anéantissement de la communauté (tribu ou *gens*), qui faisait leur force.

Sur tous ces points, consulter Garsonnet, *locations perpétuelles* liv. I ; P. Viollet, *histoire du droit français*, pp. 471 *sq*, 701 *sq*., 741 ; Gauckler, *propriété collective à Rome*, Nancy, 1883 ; d'Aguanno « sulla ricerca genetica del diritto di proprieta », *Arch. Giurid*, 1888 p. 218 *sq* ; Padel. Cogl. p. 158 e, 201 d. 219 f, g. Joignez Caillemer, *le droit de succession légitime à Athènes*, Paris, 1879, p. 34 ; G. Bloch, *origines du sénat romain*, Paris, 1883, p. 106 *sq*. ; Aucoq, *la question des propriétés primitives*, Paris, 1885 ; de Laveleye, *la propriété collective du sol*, Bruxelles, 1886 ; Dareste, « la loi de Gortyne », *Nouv. Rev. hist.* 1886, p. 255 *sq* ; Cucq, « le testament *per aes et libram* », *Nouv. Rev. hist.* 1886, p. 536 *sq* ; Dareste, « sur le code Rabbinique » (notamment au sujet de la parabole de l'enfant prodigue) ; à propos des « recherches sur quelques problèmes d'histoire » ; de M. Fustel de Coulanges ; sur l'ouvrage de Kovalevsky, « coutume contemporaine et loi primitive » ; « sur le droit irlandais » ;

Journal des Savants. 1884. pp. 309. 316 ; 1886, p. 595 *sq*, spécialement p. 598 ; 1887. pp. 280. 285 477 ; Greif. *de l'origine du testament romain*. Paris. 1888 ; Boissarie, *des formes du testament romain*, Paris. 1888 ; Milovanowitch, *des sui heredes* : Paris. 1888 ; Glasson, *histoire du droit et des institutions de la France*, t. II, Paris 1888, pp. 58 *sq*., 67 *sq*.. t. III, Paris 1889. p. 59 *sq* ; Mommsen, *droit public romain* (trad. Girard). Paris. 1889. t. VI. p. 23 *sq*, notamment p. 24 ; Beauchet, *loi de Westrogothie*, Paris, 1889, p. 64. n. 1, p. 92 n. 3, p. 93. n. 5, p. 95. n. 3.

Cette théorie n'est pas incontestée. M. Fustel de Coulanges l'a attaquée avec vigueur. Voir « le droit de propriété à Sparte ». *J. des Savants*. 1880, pp. 96 *sq*. 129 *sq*, 232 *sq*. où pourtant il convient de la copropriété de famille et de l'inaliénabilité ; *recherches sur quelques problèmes d'histoire* (« du régime des terres en Germanie ». « de la Marche Germanique ») Paris. 1885 ; « le problème des origines de la propriété foncière ». *Revue des questions historiques*, 1 avril 1889. Comp. Claudio Jannet. *les institutions sociales et le droit civil à Sparte*. Paris, 1880, ch. III et IV : Ross. *the early history of landholding among the Germans*, Londres, 1883 ; Padelletti *storia d. dir. R*. p. 220 ; (mais joignez la note h. de Cogliolo).

NOTE e. — Sur l'origine des contrats. les droits personnels et la procédure primitive à Rome.

La question, à laquelle je vais toucher, suppose admises ou démontrées un certain nombre de propositions. dont plusieurs sont déjà reconnues. sans pourtant que l'on ait. en général. tenté de les coordonner. pour en tirer les conséquences logiques.

I

On reconnaît volontiers que la conception de l'obligation

contractuelle, telle que nous l'analysons aujourd'hui, est trop savante pour les législations primitives, et, en particulier, pour le droit romain, dans sa période de formation. Pour employer un langage courant, la notion de délit a précédé la notion de contrat, c'est-à-dire que tous les actes, que nous appelons aujourd'hui contrats, et d'où dérivent les engagements licites et pécuniaires entre les personnes, ont été autrefois considérés comme produisant des délits particuliers, non pas sans doute immédiatement, au moment même où l'acte était passé, mais *ex post facto*, au moment où l'engagement n'était pas rempli, d'une manière générale, au moment où on se refusait à donner à l'acte ses conséquences attendues. « Le fait de contester un droit appartenant à autrui est une sorte de délit, comme le fait de réclamer un droit que l'on ne possède pas. (Fietta, *origine de la théorie classique des actions*, p. 28). On peut voir, dans un texte de Pomponius, L. 81, 1 *Dig.* 46, III, *de solution.*, un reflet de cette ancienne doctrine. Parlant du dépositaire, qui restitue le dépôt, il déclare que par là il se libère, ou plutôt ne laisse pas l'obligation prendre naissance, — « liberabor, aut, quod verius est, *non incidam in obligationem.* » Cela revient à dire que l'obligation ne commence d'exister que par le refus de restituer, et c'est ce refus qui, dans le droit ancien, constituait un délit spécial. Plus tard on dira à peu près la même chose de l'*infitiatio*, dans certains cas particuliers. Pour rendre exactement la physionomie du droit primitif, il faut ajouter qu'on ne s'arrêtait pas au point de savoir si l'inexécution était due à une faute du débiteur, ou à une circonstance indépendante de sa volonté : le principe d'imputabilité était encore ignoré, et, suivant la formule de M. Ihering, l'injustice objective était punie aussi bien que l'injustice subjective, *i. e.*, consciente. (Remarquez.

à ce propos, que la formule de la *manus injectio*, G., IV, 21, ne tient compte que de l'inexécution, et non de la cause de cette inexécution. Les mots « dolo malo » restitués autrefois par quelques-uns, ont disparu à la suite des dernières révisions de Studemund. Voir Dubois, *Gaius*, p. 409 et note 78; Krüger et Studemund, éd. de 1884 (Berlin), p. 161; Huschke, *Jurispr. Antejust.*, 5ᵉ éd. Leipzig 1886, p. 352 et note 3). Ce n'est qu'à l'aide de ce raisonnement qu'on peut s'expliquer la rigueur extrême du droit romain ancien, du droit antique, d'une façon générale, et, on peut le dire, de toute législation encore à l'état embryonnaire, contre le débiteur malheureux, livré à la discrétion de son créancier. Contester une réclamation fondée, ou en soulever une qui ne l'est pas, est un délit.

Cette doctrine a été magistralement exposée par M. Ihering, dans son traité *de la faute en droit privé* (trad. Meulenaere), Paris, 1880, notamment p. 14 *sq.*, p. 32 *sq.*; Comp. Geny, *fiducie*, p. 19 *sq.*; Fietta, p. 28; Poisnel, « Sociétés universelles » *Nouv. Rev. hist.* 1879, pp. 538, 550; Gérardin, *la tutelle*, p. 15. Voir sur d'autres législations antiques, ou même modernes, mais encore rudimentaires, Caillemer, *le contrat de prêt à Athènes*, Paris, 1870, p. 33 *sq.*; *le droit de succession légitime à Athènes*, Paris, 1879 p. 185; Dareste, « anciens codes Brahmaniques, » *J. des Savants*, 1884, pp. 51, 52, 84; et à propos du livre de Kovalewsky, « coutume contemporaine et loi primitive, » Moscou, 1886; *J. des Savants*, 1887, p. 282 *sq.* spécialement p. 287, où il signale les conclusions de M. Kovalevsky, absolument identiques à celles qui viennent d'être posées. Egalement Dareste, sur le « Senchus Mor, » *J. des Savants*, 1887, p. 476. — Comp. l'étude de M. Esmein sur « les débiteurs privés de sépulture » et ce

qu'il dit de « l'arrêt du cadavre, » *mélanges*, Paris, 1886, p. 245 *sq*.

II

Une proposition, qui compte bien moins d'adhérents, mais qui pourtant commence à pénétrer dans la doctrine, consiste à déclarer qu'à l'origine il n'y a pas de droits personnels, mais seulement des droits réels. « Le droit réel, » dit M. Kuntze, « est le prototype d'une époque de la vie juridique; le droit de créance, le prototype d'une époque postérieure. » Kuntze, *Die Obligationen im Romischen u. Heutigen R.*, Leipzig, 1886, pp. 4,18 *sq*. Cogliolo exprime à peu près la même idée, en disant qu'à l'origine, il n'y avait pas de distinction entre les droits réels et personnels, mais une seule masse de droits contenus sous l'expression *manus*, et exercés par la *vindicatio* (de *vim dicere*, déclarer la guerre judiciaire): Padel. Cogl., pp. 250, 251 (note a). Comp Cogliolo, *saggi di evoluzione*, Turin, 1885, p. 92 *sq*.; et Pad. Cogl., pp. 220, 221 h, 231 b', 702, *addenda*; également Cucq. « recherches historiques sur le testament *per æs et libram*. » *Nouv. Rev. Hist*. 1886, p. 543 *sq*.; H. Krüger, *Geschichte d. capitis deminutio*, t. I; Breslau, 1887, p. 287 *sq*.; Gaddi (*trad. Muirhead*), note 185. Gérardin, « le legs de la chose d'autrui. » *Nouv. Rev. Hist.*, 1887, p. 711, note 1. Comp. Muirhead, lui-même, § 33, notes 13 et 14, § 35, texte et note 24. Sur le droit Attique, Dareste, *Comptes rendus de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1875, I, p. 528.

L'exactitude de cette thèse peut être démontrée aussi bien à l'égard des contrats, anciennement envisagés comme délits, qu'à l'égard des délits proprement dits. Le *nexum*, en effet, *i. e.*, l'opération *per aes et libram*, paraît avoir été le procédé primitif de contracter; et le *nexum*, dans sa signification primordiale, emportait

une aliénation de la personne même du débiteur. Ce droit se réalisait au moyen de la *manus injectio* (voir III) : dans certains cas exceptionnels, l'engagement donnait lieu à l'exercice de la *pignoris capio*. Dans l'un comme dans l'autre cas, on exerçait une revendication, qui portait ou sur la personne même du débiteur, ou sur certains biens, qu'on s'appropriait. — Si on part de l'idée qu'il n'y a point, à l'origine, de contrats, que tout doit être considéré comme délit, on arrive à une conclusion semblable. C'est un point reconnu que la première sanction des délits a été (et est encore chez certaines peuplades) la vengeance privée. Or cette vengeance privée s'analysait en une sorte de droit réel, que la victime ou ses parents pouvaient exercer sur la personne de l'auteur du délit, soit pour le tout, soit pour partie. C'est la loi du talion : ce système apparaît encore à Rome, dans la loi des XII Tables (G. III, 189, 223) ; et c'est peut-être le sens originaire de l'adage *noxa caput sequitur* (1). Le châtiment corporel, ainsi que le remarque M. Beauchet (*loi de Westrogothie*, Paris, 1889, p. 113, note 3), « n'a pas le caractère d'une peine publique, » au nom de la société, mais « est simplement l'exécution d'une vengeance personnelle, » ce qui revient à dire que le délit fait acquérir à la victime une sorte de droit réel sur la personne du coupable.

Il va sans dire que ceux, qui peuvent exercer la vengeance privée, peuvent aussi y renoncer, moyennant une composition pécuniaire, qu'ils jugent suffisante : et le pro-

(1) Cet adage est appliqué, dans le droit nouveau, au cas de délit commis par une personne *alieni juris* ; mais il est aisé de voir combien, pour *elle*, le terme est impropre, puisque précisément *elle* n'a pas de *caput*. Il n'est donc pas déraisonnable d'y voir un vestige d'une règle faite pour les personnes *sui juris* qui, elles, avaient un *caput*, et à l'égard desquelles cela signifiait que le dommage du délit s'attachait à la personne. — Comp. H. Kruger, *Gesch. d. c. dem.* I, p. 380 *sq.*

grès de la législation consiste précisément à substituer à la vengeance privée le régime des compositions pécuniaires qui, de volontaires, deviennent légales et obligatoires (2). On entre même, sur le tarif de ces diverses rançons, dans de grands détails, qui remplissent les lois anciennes. — Sur ces divers points, consultez Dareste, « anciennes lois Suédoises », « anciennes lois du Danemark », « anciennes lois de la Norwège », « Gragas Islandais », « anciens codes Brahmaniques », « code Rabbinique », « législation Arménienne », « droit Irlandais », *Journal des Savants*, 1880, p. 615 *sq* ; 1881, pp. 114 *sq*, 300, 497 *sq* ; 1884, pp. 46, 304 *sq* ; 1887, pp. 170 *sq*, 286 *sq*, 481 *sq* ; Girard, « les travaux allemands sur l'histoire du droit comparé », *Nouv. Rev. Hist.*, 1886, p. 230 *sq* ; Padel. Cogliolo, p. 302 c.; d'Arbois de Jubainville, « l'antiquité des compositions pour crime en Irlande », *Revue Celtique*, 1887, pp. 159, 160 ; Kohler « *Ueber das vorislamitische Recht der Araber*, » *Z. f. vergl. R.W.* 1888, p. 253 ; Beauchet, *loi de Westrogothie*, pp. 54 *sq*, 84 *sq*, 112 *sq*. Declareuil, « la justice dans les coutumes primitives » *Nouv. Rev. Hist.* ; 1889, p. 171 *sq* ; Milenko R. Wesnitsch, « Die Blutrache bei den Südslaven », *Z. f. v. RW.*, 1889, p. 433 *sq*. On trouvera, dans ces différents textes, la trace de la transition : certains crimes graves ne peuvent pas encore s'expier par la composition, déjà admise pour d'autres.

Ce régime s'est maintenu dans les actions dites « noxales », où l'on voit, d'une part, la victime exercer une récla-

(2) M. Kovalewsky (*coutume contemporaine et loi primitive*, Moscou, 1886), indique une première modification de la vengeance privée : c'est la substitution d'une vengeance restreinte, permise à certains proches seulement, à l'ancienne vengeance illimitée. Voir le compte rendu de Dareste, *J. des Savants*, 1887, p. 287. Comp. Caillemer, *le Droit de succession légitime à Athènes*, Paris 1879, p. 185. Au surplus, la vengeance privée, à l'origine, est regardée comme un *devoir*, plutôt que comme un *droit*. Milenko R. Wesnitsch, *op. cit.*, p. 437 notes 9 et 10.

mation, qui a le caractère d'une revendication de l'auteur du délit, puisqu'elle aboutit normalement à l'abandon noxal, de l'autre, un *paterfamilias* qui peut, à son gré, *suscipere judicium, defendere*, ou non, ce qui est encore le propre des actions réelles. (Krüger, *op. cit.*, p. 385 *sq*; Girard, « des actions noxales », *Nouv. Rev. Hist.*, 1888, p. 44 *sq*.

L'évolution, qui transforme le droit réel sur la personne en un droit personnel contre le patrimoine, est générale, et s'étend aux engagements licites : c'est, du moins, ainsi qu'on peut interpréter le *jus paciscendi*, mentionné par A. Gelle (Nuits Attiques, 20, 1), grâce auquel le débiteur échappait à l'exécution personnelle : ce serait, en somme, la reconnaissance de la légalité des compositions pécuniaires, en matière de contrats. Enfin, M. Kuntze pense (*op. cit.*, pp. 27 *sq*, 118) que la loi Pœtilia, en déclarant que la responsabilité des dettes pèserait dorénavant sur les biens du débiteur, non plus sur sa personne, renouvela la notion de l'obligation, qui, seulement alors, prit vraiment un caractère de droit personnel, et aboutit à une contrainte sur la volonté, au lieu de l'ancien droit réel sur la personne. L'exécution sur l'*universitas bonorum* est le moyen de forcer la volonté du débiteur ; la créance s'analyse en une puissance, qui s'exerce, non plus sur le *corpus*, mais sur la volonté.

III

Si cette théorie est vraie, elle doit se traduire pratiquement dans la procédure. M. H. Krüger (*Gesch. d. cap. dem.*, t. I, pp. 289 *sq*, 334 *sq*) exprime et développe l'idée qu'à l'origine tous les rapports de droit, donc le *nexum*, et ce que nous appelons « les droits de créance » avaient pour sanction la *manus injectio*. Comp. Pad. Cogl.,

p. 221 h ; Carle, *le origini del diritto romano*, Turin, 1888, p. 206. Cela serait, remarquons-le, très conforme à la conjecture, émise par plusieurs, que la *manus injectio* aurait été le premier moyen de procédure, la première *legis actio*, reflétant encore la rudesse et la barbarie du système autrefois universel de la vengeance privée ; très en harmonie aussi avec l'idée, si accréditée aujourd'hui, que le mot *manus*, au début, exprimait l'ensemble des pouvoirs qui pouvaient appartenir, à un titre quelconque, à un *paterfamilias*, sur les personnes ou les choses en sa dépendance (voir p. 30, note 3). *Injicere manum*, c'est exercer ce pouvoir général, et la *manus injectio* est le moyen tout indiqué de le réaliser. Cela est tout naturel, s'il est vrai, comme cela paraît être, que le droit, dérivant en théorie des principes supérieurs de justice, se soit introduit dans la pratique, sous le couvert de la force et comme sa consécration (Declareuil, « La justice dans les coutumes primitives » *Nouv. Rev. Hist.*, 1889, p. 163 *sq.*;) G. May, *éléments de droit romain*, t. I, Paris, 1889, p. 1, *sq*). La main est le signe de la force : étendre la main sur une personne ou une chose, c'est affirmer son pouvoir, et, partant, son droit sur elle. A ce point de vue encore, la *manus injectio* est bien l'instrument qui convient à cet état juridique, mal dégagé de la brutalité grossière.

Cette solution, d'après laquelle la *manus injectio* aurait servi à exercer toute sorte de droit, — et, à cette époque, tout droit a un caractère réel, — rend aussi compte de la définition de Servius, *in Æn.*, X. 419 (Bruns, *fontes*, 5e éd. Fribourg en B. 1887, p. 404) « manus injectio dicitur quotiens, *nulla judicis auctoritate expectata*, rem nobis debitam *vindicamus* ». Voir Krüger, *op. cit.*, p. 202 ; G. Carle, p. 206. M. Zocco-Rosa,

palingenesi della procedura civile romana, Rome, 1887, paraît bien exprimer la même idée, quand il dit qu'avant la loi des XII Tables, on agissait *moribus*, tandis qu'après *lege agebatur*. Comp. Pad. Cogl. pp. 250 a, 302 c, 329 ; Quaritsch. *Institutionen u. R.Gesch.* (6e éd. Berlin, 1888), p. 120 : Sohm, *Institutionen d. R. R.* (3e éd. Leipzig, 1888), p. 142 *sq.*

Voici quelles auraient été, suivant M. H. Krüger, les diverses phases de l'évolution du *nexum* et de sa sanction, la *manus injectio.*

1° L'opération *per æs et libram* produit immédiatement tous ses effets. L'emprunteur exerce la *manus injectio* sur la somme prêtée, après quoi le prêteur exerce tout de suite la *manus injectio* sur la personne de l'emprunteur, qui devient la chose du prêteur, tombe ainsi en *servitude*, et subit une *capitis deminutio*, en sorte que son patrimoine, en y comprenant, bien entendu, la somme prêtée, passe à sa famille.

2° L'usage introduit dans le *nexum* une *lex dicta*, par laquelle le *nexo accipiens* se déclare tenu de restituer l'*æs certum* qu'il a reçu. Cette *lex dicta* n'ajoute rien au droit du *nexo dans*, ne lui donne pas d'action personnelle, au sens moderne du mot, pour réclamer la restitution ; loin d'ajouter à ses droits, son seul effet est de retarder chez lui l'exercice de la *manus injectio*, jusqu'à ce qu'il soit constaté que le débiteur n'exécute pas la *lex dicta*. Le *nexum* est donc devenu une opération à crédit, sans avoir perdu pour cela son caractère réel. La déchéance du *nexus* se manifeste par la nécessité d'un *vindex*, pour contester la *manus injectio*. Si l'emprunteur restitue, il faut naturellement peser derechef l'*æs certum* qu'il apporte ; cela nécessite un nouvel acte *per æs et libram*.

qui est l'analogue et la contre partie du premier, la *nexi liberatio*. C'est peut-être la première application, même l'origine de la règle de correspondance entre les modes de création et d'extinction des droits.

3° Un nouveau changement fut réalisé par une loi, que les dernières révisions de Studemund conduisent à appeler « Vallia », (G., IV 25), mais qui pourrait bien être une loi très ancienne, et non pas une loi « Vallia », mais une loi « Valeria », comme Huschke l'avait autrefois supposé, et sans doute une loi « Valeria Publicola de provocatione », rendue la première année de la République, pour défendre d'infliger à un citoyen romain une peine emportant privation de la vie, de la liberté ou du droit de cité, sans la garantie d'un appel au peuple, *provocatio ad populum* (Voir Ortolan, 12e éd., t. I. Paris, 1884, p. 90 ; Lange, *histoire intérieure* (Berthelot et Didier), p. 122 *sq* ; — Comp. Salkowsky, *Institutionen*, 4e éd. Leipzig, 1883, pp. 281, 465). L'application de cette loi conduisait à restreindre la *vindicatio in servitutem*, telle qu'elle existait auparavant. La loi décida donc que le débiteur pourait lui-même *depellere manum* (en supposant, bien entendu, qu'il fût capable, *i. e. sui juris)*, et, sans qu'il fût besoin de *vindex*, reculer l'exécution personnelle, et la contester. A dater de ce moment, la *manus injectio* change de caractère. Elle n'est plus extrajudiciaire que dans son premier acte. Au fond, comme ce premier acte est suivi d'une instance, terminée par un jugement, ou encore d'une *confessio in jure*, qui équivaut à un jugement, ce n'est plus le *nexum*, mais la sentence (ou son équivalent) qui rend la *manus injectio* valable et définitive, sert de fondement à la *vindicatio in servitutem*. La *manus injectio* n'est plus un reflet de la vengeance privée, mais une sanction rigoureuse du jugement : elle n'est plus une action

nexi, mais une action *judicati*. Comp. Declareuil « la justice dans les coutumes primitives » *Nouv. Rev. Hist.* 1889, p. 388. Alors aussi s'établit une confusion entre le *nexus* et l'*addictus*, parce que les textes rapportent tous les effets de l'exécution au jugement, et qu'en réalité le *nexus* est devenu *addictus*.

4° Enfin, la loi des XII Tables rendit inutile ce premier acte extrajudiciaire de la *manus injectio*, en organisant un moyen de faire venir son adversaire en justice, la *vocatio in jus*, dans laquelle on voit encore, à l'arrière plan, l'ancienne *manus injectio*, qui intervient, s'il est nécessaire : « Si calvitur, pedemve struit, *manum endo jacito* ». Le lien de la *vocatio in jus* avec l'ancienne *manus injectio* apparaît encore dans ce fait que, lorsqu'on n'y obéit pas, il faut se faire remplacer par un répondant, qui porte toujours le nom *de vindex*, et soutient le procès à votre place. (Ce souvenir a persisté même après la suppression des *legis actiones ;* on en trouve des traces dans un passage de Martial, cité par M. Benech, *les classiques latins*, Paris, 1853, p. 227.) Voir Gauckler, « étude sur le *vindex* », *Nouv. Rev. Hist.*, 1889, p. 601 *sq.*

Sans vouloir défendre cette théorie dans tous ses détails, il est impossible de dénier à l'ensemble un grand caractère de vraisemblance. Il est infiniment vraisemblable que la *manus injectio* a été d'abord une main-mise extrajudiciaire, réduisant la personne ou la chose à l'état de *mancipium ;* il est infiniment vraisemblable aussi que, par degrés, elle a été enserrée dans le cercle des actions et réduite au rôle de sanction des jugements. L'établissement des actions produit, dans la sphère civile, comme dans la sphère pénale, la substitution du système de la composition légale à l'exercice de la vengeance privée. —

J'ai à peine besoin de dire que cette évolution conduit tout naturellement aux condamnations pécuniaires.

Cette doctrine rend très bien compte de l'intransmissibilité primitive des dettes. A l'origine, le créancier n'avait de droit que sur la personne du débiteur; elle était son gage, éventuellement sa propriété; mais le patrimoine et la famille n'étaient pas atteints. Voir Esmein, « de l'intransmissibilité première des créances et des dettes », *Nouv. Rev. Hist.* 1887, p. 49 *sq.* Comp. Esmein, « les débiteurs privés de sépulture », *mélanges*, p. 247; Cucq, « recherches historiques sur le testament *per æs et libram* » *Nouv. Rev. Hist.*, 1886, p. 545 *sq.*; Gérardin, « le legs de la chose d'autrui » *Nouv. Rev. Hist.*, 1887, p. 711, note 1; également § 32, note 34. On remédia à cette intransmissibilité par la solidarité, et il est probable que les héritiers furent souvent les coobligés. M. Esmein pense que c'est ainsi qu'on prit l'habitude de stipuler et promettre pour soi et ses héritiers, formule qu'on commence par discuter, et que, plus tard, on ne comprend plus.

D'autre part, cette théorie se heurte à des objections, dont on ne peut se dissimuler la gravité.

D'abord elle suppose la possibilité de réduire en esclavage, à Rome, un citoyen Romain au profit d'un autre, solution que contredisent les règles juridiques romaines. Il ne faut pas cependant se hâter de triompher. Il paraît bien que le *furtum manifestum* entraînait, à l'origine, l'esclavage d'un Romain au profit d'un autre : la controverse rapporté par Gaius (III, 189) semble assez l'indiquer, et cela suffit pour nous rendre circonspects. (Comp. Mommsen, *droit public*, trad. Girard, t. VI, p. 47 *sq*). Il est vrai que les XII Tables déclarent que l'*addictus* ne peut être vendu qu'à l'étranger, « peregre trans Tiberim »; mais est on sûr que ce fût là le droit antérieur. Il ne faut pas ou-

blier que nous poussons nos investigations jusqu'à cette époque obscure, où les principes n'étaient pas encore analysés nettement, où le droit et le fait étaient mélangés, et où une servitude *de facto* pouvait fort bien entraîner en même temps une déchéance juridique. Il est permis de penser que le *nexum* fut primitivement une invention des patriciens, pour asservir les plébéiens; si cela était vrai, la raison d'égalité entre les citoyens ne s'opposerait plus à ce que le plébéien devînt esclave du patricien. (Krüger, *op. cit.*, p. 297; G. Carle, *op. cit.*, pp. 206, 207.) On peut donc conjecturer que l'impossibilité de réduire en esclavage, à Rome, un citoyen Romain au profit d'un autre, ne fut formulée que plus tard, peut être sous l'influence de ces *leges Valeriæ* du début de la République. D'ailleurs, l'opération *per æs et libram*, le *nexum* exigea la présence de cinq *testes classici*, qui, suivant l'opinion commune, représentaient les cinq classes du peuple romain, et dont la présence pourrait bien rappeler une époque où le *nexum* aurait eu lieu devant les cinq classes elles-mêmes, c'est-à-dire aurait été l'objet d'une véritable loi centuriate. Ne s'agissait-il pas là, en effet, d'un acte intéressant, immédiatement ou éventuellement la liberté d'un citoyen romain ? M. Krüger, qui l'admet (p. 300, texte et note 18; comp. p. 301 et note 20), est disposé à donner cette portée au passage où Gaius déclare (IV 21) qu'il fallait une loi pour autoriser la *manus injectio* « de quibus ut ita ageretur, lege aliqua (*aqlia*) cautum est ». Le sens originaire de cette exigence aurait été, au début, que chaque *manus injectio* devait être autorisée par une loi spéciale; (il interprète dans le même sens la phrase de la formule prononcée par le *familiæ emptor*, dans le testament *per æs et libram* « secundum legem publicam », G., II, 104; ces mots, d'ordinaire rapportés à la loi des XII

Tables, seraient une allusion à la nécessité d'une loi centuriate, pour sanctionner le testament *per æs et libram*).

Une autre objection, non moins sérieuse, se tire du texte, où Gaius déclare (IV, 13) que l'*actio sacramenti* était générale, ce qui semble indiquer qu'elle fut la première, donc, au commencement, la seule. M. Maynz a même vu, dans cette procédure, le moyen dont on s'est servi pour soumettre à la société les litiges intéressant uniquement des particuliers, c'est-à-dire l'origine de la justice civile (*cours de droit romain*, Bruxelles, 1876, t. I, pp. 57 *sq*, 490 *sq*). Si l'on envisage la *manus injectio* comme procédure d'exécution, il est logique de penser que la procédure introductive d'instance a existé avant la procédure d'exécution. On est cependant obligé de reconnaître que, dans certains cas, particulièrement le cas de *nexum*, il n'y avait *pas* besoin d'un jugement préalable, et, s'il est vrai que le *nexum* ait été l'acte général à l'origine, la priorité de la *manus injectio* est établie. Avant la *manus injectio* judiciaire et sanction des jugements, il y avait une *manus injectio* extrajudiciaire, qui marque la transition entre l'emploi brutal de la force et un système juridique d'actions. Gaius parle à une époque où la transformation du droit et l'évolution propre de la *manus injectio* (supra, III, 3°) sont accomplies, et cependant il semble lui-même rappeler un cas de *manus injectio* extrajudiciaire (suivant une opinion accréditée), celui de la *vindicatio servitutis* ou *manus injectio*, au cas de *furtum manifestum* (G., III 189 ; voir Pad. Cogliolo, p. 329, note). — (M. Krüger a là dessus une explication à lui : il considère que le mot *legis actio* désigne, non pas une procédure complète, mais un procédé légal. La *manus injectio* serait la mainmise légale, judiciaire ou extrajudiciaire ; elle serait suivie d'autres procédés légaux, plus tard

devenus le *sacramentum*, la *condictio*, etc.; en sorte qu'il y aurait *legis actio per manus injectionem*, *per festucæ impositionem*, *per postulationem*, *per provocationem sacramento*, et ce serait l'ensemble qui constituerait l'unité de procédure, l'action, H. Krüger, *op. cit.* pp. 200, 201, et le compte rendu de Brocher, *Revue générale de droit*, 1888, p. 578. — M. Carle pense, lui, que la *manus injectio* a un domaine différent de celui de l'*actio sacramenti*. La *manus injectio*, dit-il, s'applique à l'égard des plébéiens, d'une manière générale, des inférieurs, — ce qu'admet aussi H. Kruger, p. 297, — tandis que l'*actio sacramenti* est la procédure entre égaux, entre patriciens. Voir *le origini del diritto romano*, Turin, 1888, pp. 186, 203, 206 *sq*, 560 *sq*. — Comp. Padeletti Cogliolo, pp. 315 d, 326 g.)

Il n'y a pas lieu de s'étonner de la lenteur avec laquelle apparaissent les contrats. Les engagements, si nécessaires dans une société développée, le sont infiniment moins dans un état peu civilisé, et surtout avec le régime de communauté de la famille, au sein de laquelle les uns procurent aux autres les services dont ils ont besoin. (Comp. Kovalevsky, compte-rendu de Dareste, *J. des Savants*, 1887, p. 281).

D'ailleurs il n'est pas possible d'avancer rien de certain sur la façon dont l'obligation véritable s'est introduite, et la forme qu'elle a revêtue. Une conjecture très vraisemblable consiste à dire qu'elle dériva de la *sponsio ad aram maximam*, c'est-à-dire à l'autel, qui fut plus tard l'autel d'Hercule, et qui était autrefois consacré à un dieu national, *Semo Sancus* ou *Dius Fidius*, dieu de la *Fides*. Voir pp. 14, n. 1 *bis*, 29, n. 2 *bis*, § 39 texte et notes 4 *sq*; consulter Michel Bréal, *mélanges de mythologie et de linguistique*, Paris, 1878, p. 50 *sq*., Gény, *fiducie*,

Nancy. 1885. p. 16 *sq.*; Krüger. op. cit., p. 350 *sq.*; Pad. Cogliolo. p. 258, 3; Mommsen, *droit public romain*, t. I (trad. Girard), Paris, 1887, p. 284 et note 1; G. May, *éléments de droit romain*, t. II, p. 82, texte et notes. Comp. Cucq, « recherches historiques sur le testament *per æs et libram* ». *Nouv. Rev. Hist.*, 1886, p. 546, note 3. C'est par le procédé de la *sponsio ad aram maximam* que se firent les premières promesses, de toute nature, et revêtant sans doute un caractère plutôt moral que pécuniaire; ainsi les promesses de mariage, *sponsalia*. Varron nous le dit (*De L. L.*, VI, 70; Bruns, *fontes*, 5e éd., p. 382) : « Spondebatur pecunia, aut filia nuptiarum causa: » et un texte d'Ulpien reflète encore le même souvenir, *Dig.*, XXIII, 1, fr. 2 : « Sponsalia autem dicta sunt a spondendo, nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras. » Cela donnait lieu sans doute à l'action *de sponsu*; mais elle disparut pour les fiançailles par suite de l'adoption du principe que les mariages devaient être absolument dégagés de toute sorte de contrainte, « ....inhonestum visum est, vinculo poenæ matrimonia obstringi, sive *futura*, sive jam contracta » (Paul, au *Dig.*, XLV, 1, *de V. O.* fr. 134, pr. *in fine.*) Nous aurions donc là un exemple de ces cas, dont parle Muirhead (p. 20), où l'on voit une règle du *fas* descendre, par la disparition de sa sanction, au rang de précepte de *boni mores*; tandis que, pour les droits pécuniaires, l'action *de sponsu*, s'affermissant, pénétra dans le domaine du *jus*, et devint plus tard l'action *ex stipulatu*. Voir Padeletti Cogliolo, pp. 169 u. 254, note a; Gaddi (*trad. Muirhead*), notes 242, 572; May, *l. c.* — Il ne faut donc pas s'étonner de ce rapprochement entre les fiançailles et les contrats pécuniaires : il ressort des textes romains eux-mêmes; et il est très curieux de le retrouver, à l'autre extrémité de

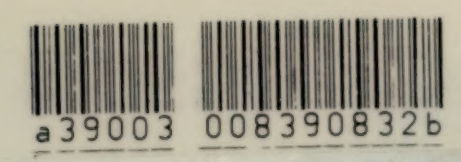
l'Europe, dans l'ancien droit Islandais. Le contrat de fiançailles, dit M. Beauchet, est « l'un des plus importants que reconnaisse la législation islandaise, et c'est une des *quatre conventions* qui ne sont point valables sans la présence de témoins. » *formation et dissolution du mariage dans le droit islandais*, Paris. 1887, p. 10. Comp. Beauchet, *loi de Westrogothie*. Paris. 1889. p. 73, note 3.

INDEX

FIN

Nancy, imprimerie A. NICOLLE, 25, rue de la Pépinière

CE



DATE DUE

15 DEC. 1987			
08 DEC. 1987			
07 JAN. 1991			
20 DEC. 1990			
11 JUIL. 1997			
28 JUIN 1997			
FEB / FÉV. 04 1999			
29 JAN. 1999			
MAR / MARS 25 2005			
MAR 12 2005			
CAT. NO. 1137			

